





Property of

CLgA

Please return to

**Graduate Theological  
Union Library**











# IUS DECRE TAL IUM

---

TOMUS V.

LIBER PRIMUS





WERNZ, FRANZ XAVER

# IUS DECRETALIUM

AD USUM

PRAELECTIONUM IN SCHOLIS TEXTUS CANONICI  
SIVE IURIS DECRETALIUM

AUCTORE

FRANCISCO XAV. WERNZ S. I.

TOMUS V.

DE IUDICIIS ECCLESIASTICIS

LIBER PRIMUS

DE IUDICIIS IN GENERE ET DE IUDICIIS CONTENTIOSIS



Property of

CLgA

Please return to  
Graduate Theological  
Union Library

PRATI

EX OFFICINA LIBRARIA GIACHETTI, FILII ET SOC.

1914

22557



## P R A E F A T I O

---

Quod in praefatione apposita tomo sexto huius operis de Iure Decretalium Adm. Rev. P. Wernz promissum fuerat, fore scilicet ut intra hunc annum tomus etiam quintus prodiret, in quo de universa materia iudiciorum ecclesiasticorum ageretur, huius voluminis editione praestatur. Primae voluminis partis adornationem, ubi de iis, quae omnibus iudiciis sunt communia et in particulari de iudiciis contentiosis seu civilibus agitur, curandam mihi auctor commisit. Desiderium optimi Patris nec non magistri quondam et in docendo iure canonico in hac Gregoriana Universitate collegae magno animi gaudio excepi illique satisfacere pro viribus curavi. In primis cura fuit, ut textum ipsum iamdiu ab auctore lithographice auditoribus traditum religiosissime servarem, iis, quae ad perficiendum volumen illudque publici iuris faciendum desiderabantur, ad notas remissis. Quas etiam notas extrahendas curavi, quantum possibile fuit, ex adversariis, quibus auctor in explicando textu in schola utebatur, nonnullas vero ex meis studiis.

Alteram huius voluminis partem, in qua de iudicio criminali, R. P. Vidal edendam curavit, qui materiam intime cum ea connexam de iure poenali in tomo sexto iam publici iuris fecit et annis elapsis saepe utramque cum discipulis communicavit. Sic, Deo favente, hoc egregium opus Adm. Rev. P. Wernz, Praepositi generalis Soc. Iesu, integrum habebitur; quod in hunc annum feliciter incidit, quo omnes Societatis filii gestientes primam celebramus centenariam commemorationem eius restitutionis. Sit igitur hoc opus Universitatis huius Gregorianae devotum pignus amoris erga dilectissimam Matrem.

Romae in festo S. Aloisii 21 iunii 1914.

BENEDICTUS OJETTI S. I.





# INDEX ANALYTICUS

---

## PROLEGOMENA

§ 1. Connexio materiae tractandae . . . . .	Pag.	1
§ 2. Nomen et definitio canonici processus sive ordinis iudiciarii. "	"	2
§ 3. Divisio materiae tractandae . . . . .	"	3
§ 4. Fontes canonici ordinis iudiciarii . . . . .	"	5
§ 5. Litteratura canonici ordinis iudiciarii. . . . .	"	13

## LIBER I.

DE IUDICIIS ECCLESIASTICIS IN GENERE ATQUE IN SPECIE  
DE IUDICIIS CONTENTIOSIS

### PARS PRIMA

DE MEDIIS DECLINANDI IUDICIUM ECCLESIASTICUM.

Prooemium. . . . .	"	22
--------------------	---	----

#### TITULUS I.

DE IURIBUS VINDICANDIS SINE IUDICE PER VIM PRIVATAM.

Praenotiones . . . . .	"	23
§ 1. Principia fundamentalia . . . . .	"	24
§ 2. Notae historicae . . . . .	"	26
§ 3. Ius constitutum ex disciplina vigenti . . . . .	"	28

#### TITULUS II.

DE TRANSACTIONIBUS

Praenotiones . . . . .	"	30
§ 1. De personis habilibus ad transigendum . . . . .	"	32
§ 2. De obiecto transactionis. . . . .	"	34
§ 3. De forma, tempore, modo transactionis . . . . .	"	38
§ 4. De effectibus et extensione transactionis . . . . .	"	40
§ 5. De rescissione transactionis . . . . .	"	42

## TITULUS III.

## DE ARBITRIS.

<b>Praenotiones</b> . . . . .	<i>Pag.</i> 44
§ 1. De personis habilibus ad compromissum ineundum . . . . .	50
§ 2. De personis habilibus ad arbitrium recipiendum . . . . .	51
§ 3. De causis arbitrio obnoxiiis. . . . .	53
§ 4. De numero arbitrorum et forma compromissi . . . . .	54
§ 5. De potestate et officio arbitrorum . . . . .	56
§ 6. De effectibus compromissi, recepti, arbitrii . . . . .	58
§ 7. De remediis iuris contra iniustum arbitrium. . . . .	60
§ 8. De cessatione compromissi et potestatis arbitrorum . . . . .	61

## PARS SECUNDA

## DE PERSONIS IUDICIALIBUS.

<b>Prooemium</b> . . . . .	63
----------------------------	----

## SECTIO I.

## DE IUDICE ECCLESIASTICO EIUSQUE ADIUTORIBUS ET MINISTRIS.

## TITULUS IV.

## DE IUDICE IUDICIOQUE ECCLESIASTICO.

<b>Praenotiones</b> . . . . .	64
§ 1. De constitutione et ordinatione iudiciorum ecclesiasticorum. . . . .	68
I. De vera iurisdictione iudiciorum ecclesiasticorum . . . . .	ib.
II. De forma et compositione iudiciorum ecclesiasticorum. . . . .	71
III. De gradibus sive instantiis iudiciorum ecclesiasticorum. . . . .	86
IV. De relatione iudiciorum ecclesiasticorum . . . . .	88
§ 2. De potestate constituendi iudices ecclesiasticos . . . . .	92
I. De potestate constituendi iudices ordinarios. . . . .	ib.
II. De potestate constituendi iudices delegatos . . . . .	94
§ 3. De personis habilibus ad officium iudicis ecclesiastici . . . . .	98
I. De habilitate ad officium iudicis ordinarii. . . . .	ib.
II. De habilitate ad officium iudicis delegati . . . . .	100
§ 4. De potestate sive iuribus iudicis ecclesiastici . . . . .	102
I. De potestate sive iuribus iudicis ordinarii . . . . .	ib.
II. De potestate sive iuribus iudicis delegati . . . . .	104
§ 5. De officio sive obligationibus iudicis ecclesiastici . . . . .	105
I. De officio sive obligationibus iudicis ordinarii . . . . .	ib.
II. De officio sive obligationibus iudicis delegati . . . . .	107
§ 6. De cessatione potestatis et obligationum iudicis ecclesiastici. . . . .	108
I. De cessatione potestatis et obligationum iudicis ordinarii. . . . .	ib.
II. De cessatione potestatis et obligationum iudicis delegati. . . . .	110

## TITULUS V.

DE ACTUARIO, AUDITORIBUS, ASSESSORIBUS ALIISQUE MINISTRIS  
IUDICIS ECCLESIASTICI.

<b>Praenotionés.</b>	<i>Pag.</i>	114
§ 1. De actuario	"	ib.
§ 2. De auditoribus	"	122
§ 3. De assessoribus.	"	127
§ 4. De aliis ministris iudicis ecclesiastici	"	131

## SECTIO II.

DE PARTIBUS IN IUDICIO ECCLESIASTICO EARUMQUE ADIUTORIBUS.

## TITULUS VI.

DE ACTORE ET REO.

<b>Praenotiones.</b>	"	134
§ 1. De partibus sive litigatoribus principalibus in iudicio ecclesiastico	"	137
I. De legitima persona standi in iudicio ecclesiastico	"	ib.
II. De iuribus et obligationibus partium	"	146
III. De cessatione iuris et obligationis partium standi in iudicio ecclesiastico	"	149
§ 2. De consortibus litis in iudicio ecclesiastico	"	153
§ 3. De partibus sive litigatoribus accessoriis in iudicio ecclesiastico	"	155
§ 4. De successoribus partium in iudicio ecclesiastico.	"	160

## TITULUS VII.

DE PROMOTORE IUSTITIAE ET DEFENSORE PUBLICO.

<b>Praenotiones.</b>	"	162
§ 1. De promotore iustitiae	"	167
§ 2. De defensore matrimonii	"	171

## TITULUS VIII.

DE POSTULANDO SIVE DE ADVOCATIS.

<b>Praenotiones.</b>	"	176
§ 1. De iure constituendi advocatum	"	180
§ 2. De personis habilibus ad officium advocati	"	181
§ 3. De iuribus et obligationibus advocatorum.	"	185

## TITULUS IX.

## DE PROCURATORIBUS.

<b>Praenotiones.</b>	<i>Pag.</i>	188
§ 1. De iure et obligatione constituendi procuratorem.	"	191
§ 2. De personis habilibus ad officium procuratoris.	"	194
§ 3. De causis procuratori committendis.	"	197
§ 4. De mandato sive de modo constituendi procuratorem.	"	ib.
§ 5. De iuribus procuratoris.	"	200
§ 6. De obligationibus procuratoris.	"	203
§ 7. De cessatione potestatis et officii procuratoris.	"	204

## TITULUS X.

DE SYNDICIS, TUTORIBUS, CURATORIBUS  
ALIISQUE PROCURATORIBUS NECESSARIIS.

<b>Praenotiones.</b>	"	206
§ 1. De syndicis.	"	207
§ 2. De tutoribus.	"	209
§ 3. De curatoribus.	"	212
§ 4. De patribusfamilias.	"	214

## SECTIO III.

## DE IURISDICTIONE ET COMPETENTIA IUDICIS ECCLESIASTICI.

## TITULUS XI.

## DE FORO COMPETENTE.

<b>Praenotiones.</b>	"	215
I. De foro competente ratione causarum.	"	217
§ 1. Principia fundamentalia.	"	ib.
§ 2. Notae historicae.	"	220
§ 3. Disciplina vigens.	"	223
II. De competentia iudicis ecclesiastici ratione personarum.	"	227
§ 4. Principia fundamentalia.	"	ib.
§ 5. Notae historicae.	"	229
§ 6. Disciplina vigens.	"	238
1. De ordinario et generali modo sortiendi forum.		
I. De foro competente ratione domicilii.	"	ib.
II. De foro competente ratione contractus.	"	240
III. De foro competente ratione rei sitae.	"	241
IV. De foro competente ratione delicti.	"	243
2. De foro competente privilegiato sive singulari clericorum.		
I. De natura et convenientia et origine fori privilegiati clericorum.	"	246
II. De iudice competente in causis clericorum.	"	250
III. De personis ecclesiasticis hoc foro privilegiato praeditis.	"	254



IV. De causis foro privilegiato clericorum subiectis . . .	Pag.	256
V. De abrogatione et amissione fori privilegiati clericorum . . .	"	ib.
3. De foro competente extraordinario.		
I. De foro prorogationis . . .	"	ib.
II. De foro continentiae causarum . . .	"	261

## PARS TERTIA

### DE ACTIBUS IUDICIALIBUS.

Prooemium . . . . .	"	263
---------------------	---	-----

### SECTIO I.

#### DE ACTIBUS IUDICIALIBUS UNIVERSIM SPECTATIS.

#### TITULUS XII.

##### DE LOCO ET TEMPORE ACTUUM IUDICIALIUM.

<b>Praenotiones.</b> . . . .	"	264
§ 1. De loco actuum iudicialium . . . . .	"	ib.
§ 2. De tempore actuum iudicialium . . . . .	"	267

#### TITULUS XIII.

##### DE FERIIS.

<b>Praenotiones.</b> . . . .	"	269
§ 1. De numero et computatione feriarum iudicialium. . . . .	"	271
§ 2. De specialibus actibus iudicialibus diebus feriatis prohibitis vel permissis. . . . .	"	273

#### TITULUS XIV.

##### DE TERMINIS ET DILATIONIBUS

<b>Praenotiones.</b> . . . .	"	275
§ 1. De iure concedendi terminos vel dilationes . . . . .	"	277
§ 2. De forma et modo concedendi dilationes . . . . .	"	ib.
§ 3. De computatione terminorum vel dilationum . . . . .	"	281
§ 4. De prorogatione et coarctatione dilationum vel terminorum. . . . .	"	282
§ 5. De effectibus dilationis . . . . .	"	283

#### TITULUS XV.

##### DE FORMA ET ORDINE ACTUUM IUDICIALIUM.

<b>Praenotiones</b> . . . . .	"	284
§ 1. Principia fundamentalia de procedura universim spectata. . . . .	"	ib.
I. De mutua partium audientia . . . . .	"	ib.

II. De procedura ad instantiam partium . . . . .	<i>Pag.</i>	285
III. De procedura condicionali sive eventuali . . . . .	"	286
IV. De procedura viva voce vel scriptura facta . . . . .	"	288
V. De procedura secreta vel publica . . . . .	"	291
§ 2. De cognitione iudicis . . . . .	"	292
I. De obiecto cognitionis iudicis . . . . .	"	ib.
II. De forma cognitionis iudicis . . . . .	"	295
III. De ordine cognitionum iudicis . . . . .	"	299
§ 3. De relationibus sive rogationibus partium . . . . .	"	302

## SECTIO II.

### DE INTRODUCTIONE CAUSAE.

#### TITULUS XVI.

##### DE ACTIONIBUS ET LIBELLI OBLATIONE.

<b>Praenotiones.</b> . . . . .	"	306
§ 1. De necessitate libelli . . . . .	"	311
§ 2. De forma libelli eiusque qualitatibus et vitiis . . . . .	"	312
§ 3. De declaratione et emendatione et mutatione libelli . . . . .	"	315
§ 4. De effectibus oblationis libelli . . . . .	"	ib.

#### TITULUS XVII.

##### DE IN IUS VOCANDO SIVE DE CITATIONE.

<b>Praenotiones.</b> . . . . .	"	317
§ 1. De necessitate citationis . . . . .	"	320
§ 2. De subiecto activo et passivo citationis . . . . .	"	321
§ 3. De qualitatibus et forma citationis . . . . .	"	322
§ 4. De loco et tempore et insinuatione citationis . . . . .	"	324
§ 5. De effectibus citationis . . . . .	"	326

#### TITULUS XVIII.

##### DE EXCEPTIONIBUS ET REPLICATIONIBUS.

<b>Praenotiones</b> . . . . .	"	328
§ 1. De iure proponendi exceptiones . . . . .	"	333
§ 2. De tempore proponendi exceptiones . . . . .	"	336
§ 3. De forma et modo proponendi exceptiones . . . . .	"	339
§ 4. De effectibus exceptionum . . . . .	"	341
§ 5. De cessatione exceptionum . . . . .	"	343
§ 6. De replicationibus . . . . .	"	344

#### TITULUS XIX.

##### DE MUTUIS PETITIONIBUS SIVE DE RECONVENTIONIBUS.

<b>Praenotiones</b> . . . . .	"	346
§ 1. De iudice mutuarum petitionum . . . . .	"	348
§ 2. De subiecto activo et passivo reconventionis . . . . .	"	350

§ 3. De causis reconventioni obnoxiiis . . . . .	<i>Pag.</i>	351
§ 4. De tempore et modo reconventionis . . . . .	"	353
§ 5. De effectibus reconventionis . . . . .	"	354

## TITULUS XX.

## DE PLUS PETITIONIBUS.

<b>Praenotiones</b> . . . . .	"	355
§ 1. De diversis modis plus petendi . . . . .	"	356
§ 2. De poenis in plus petentes statutis . . . . .	"	357

## TITULUS XXI.

## DE LITIS CONTESTATIONE

<b>Praenotiones</b> . . . . .	"	360
§ 1. De personis habilibus ad litis contestationem . . . . .	"	363
§ 2. De causis litis contestationi obnoxiiis . . . . .	"	364
§ 3. De forma litis contestationis . . . . .	"	365
§ 4. De effectibus litis contestationis . . . . .	"	368

## TITULUS XXII.

UT LITE NON CONTESTATA NON PROCEDATUR AD TESTIUM RECEPTIONEM  
VEL AD SENTENTIAM DEFINITIVAM.

<b>Praenotiones.</b> . . . . .	"	370
§ 1. De vi et ratione rubricae huius tituli . . . . .	"	371
§ 2. De casibus prohibitionis huius rubricae comprehensis . . . . .	"	372
§ 3. De casibus a prohibitionis huius rubricae exceptis . . . . .	"	374

## TITULUS XXIII.

## DE IURAMENTO CALUMNIAE.

<b>Praenotiones</b> . . . . .	"	376
§ 1. De necessitate iuramenti calumniae . . . . .	"	378
§ 2. De personis habilibus ad exigendum vel praestandum iuramentum calumniae . . . . .	"	380
§ 3. De causis iuramento calumniae obnoxiiis . . . . .	"	381
§ 4. De forma, tempore, loco praestandi iuramentum calumniae . . . . .	"	ib.

## SECTIO III.

## DE ACTIBUS QUIBUSDAM IUDICIALIBUS INCIDENTIBUS.

## TITULUS XXIV.

## DE CAUSA POSSESSIONIS ET PROPRIETATIS.

<b>Praenotiones</b> . . . . .	"	382
§ 1. De iudice causarum possessionis et proprietatis . . . . .	"	387

§ 2. De procedura in causis possessionis et proprietatis . . . . .	<i>Pag.</i> 389
I. De interdictis et actionibus ad tuendam possessionem et proprietatem . . . . .	" ib.
II. De cumulatione causarum possessionis et proprietatis. . . . .	" 390
III. De ordine tractandi causas possessionis et proprietatis . . . . .	" 391

## TITULUS XXV.

## DE RESTITUTIONE SPOLIATORUM.

<b>Praenotiones.</b> . . . . .	" 393
§ 1. De subiecto activo et passivo restitutionis . . . . .	" 395
§ 2. De tempore et modo restitutionis spoliatorum . . . . .	" 397
§ 3. De causis restitutionis spoliatorum . . . . .	" 399

## TITULUS XXVI.

## DE DOLO.

<b>Praenotiones.</b> . . . . .	" 403
§ 1. De vi et efficacia doli in negotiis gestis . . . . .	" 405
§ 2. De probatione et exclusione doli . . . . .	" 406
§ 3. De remediis iuris contra dolum . . . . .	" 407

## TITULUS XXVII.

## DE HIS QUAE VI METUSVE CAUSA FIUNT.

<b>Praenotiones.</b> . . . . .	" 409
§ 1. De efficacia vis et metus in negotiis gestis . . . . .	" 411
§ 2. De conditionibus requisitis ad nullitatem vel rescindibili- tatem negotiorum gestorum ex causa vis vel metus. . . . .	" 413
§ 3. De remediis iuris contra vim et metum . . . . .	" 414

## TITULUS XXVIII.

## DE CONTUMACIA.

<b>Praenotiones</b> . . . . .	" 416
§ 1. De variis modis contumaciae . . . . .	" 418
§ 2. De causis excusantibus a contumacia . . . . .	" 419
§ 3. De poenis contumaciae. . . . .	" 420
§ 4. De procedura canonica contra contumaces . . . . .	" 421

## TITULUS XXIX.

## DE EO QUI MITTITUR IN POSSESSIONEM CAUSA REI SERVANDAE.

<b>Praenotiones.</b> . . . . .	" 423
§ 1. De conditionibus requisitis ad immissionem in possessionem . . . . .	" 424
§ 2. De modo et tempore immissionis in possessionem . . . . .	" ib.
§ 3. De effectibus decreti primi et secundi . . . . .	" 426



## TITULUS XXX.

## UT LITE PENDENTE NIHIL INNOVETUR.

<b>Praenotiones.</b>	Pag.	427
§ 1. De initio et fine litis pendentiae	"	428
§ 2. De innovationibus lite pendente prohibitis vel exceptis	"	429

## TITULUS XXXI.

## DE SEQUESTRATIONE POSSESSIONUM ET FRUCTUUM.

<b>Praenotiones.</b>	"	432
§ 1. De personis habilibus ad sequestrationem faciendam et de sequestre	"	ib.
§ 2. De obiecto et modo sequestrationis	"	434
§ 3. De effectibus et cessatione sequestrationis	"	435
<b>Scholion.</b> De interruptione et suspensione processus	"	437

## SECTIO IV.

## DE PROBATIONIBUS ET DEFENSIONIBUS IUDICIALIBUS.

## TITULUS XXXII.

## DE CONFESSIONIBUS.

<b>Praenotiones.</b>	"	439
§ 1. De conditionibus requisitis ad confessionem iudicalem	"	443
§ 2. De vi atque effectibus confessionis iudicialis.	"	444
§ 3. De scissione et revocatione confessionis iudicialis.	"	446
§ 4. De confessione extraiudicali.	"	447

## TITULUS XXXIII.

## DE PROBATIONIBUS.

<b>Praenotiones.</b>	"	449
§ 1. De subiecto sive de onere probationis	"	452
§ 2. De obiecto probationis	"	454
§ 3. De forma et modo probationis	"	455
§ 4. De effectibus probationis	"	456

## TITULUS XXXIV.

## DE TESTIBUS ET ATTESTATIONIBUS ET TESTIBUS COGENDIS.

<b>Praenotiones.</b>	"	458
§ 1. De habilitate testium	"	460
§ 2. De attestationibus sive depositionibus testium.	"	464
I. De productione et receptione testium	"	ib.

II. De iuramento et examine testium . . . . .	Pag.	466
III. De publicatione attestationum et reprobatione testium. . . . .	"	467
IV. De vi probandi depositionum testium . . . . .	"	469
§ 3. De obligatione atque coactione testium. . . . .	"	471

## TITULUS XXXV.

## DE INSTRUMENTIS.

<b>Praenotiones.</b> . . . . .	"	474
§ 1. De fide instrumentorum . . . . .	"	475
§ 2. De productione, editione, impugnatione instrumentorum . . . . .	"	477

## TITULUS XXXVI.

## DE IUREIURANDO.

<b>Praenotiones.</b> . . . . .	"	480
I. De subiecto iurisiurandi . . . . .	"	483
II. De effectibus iurisiurandi. . . . .	"	484
III. De cessatione iurisiurandi . . . . .	"	485
§ 1. De iureiurando in specie . . . . .	"	487
I. De iuramento decisorio litis. . . . .	"	ib.
II. De iuramento litis aestimatorio . . . . .	"	490
III. De variis iuramentis extraiudicialibus . . . . .	"	491

## TITULUS XXXVII.

## DE PRAESUMPTIONIBUS.

<b>Praenotiones.</b> . . . . .	"	492
§ 1. De vi et efficacia praesumptionum iuris . . . . .	"	494
§ 2. De vi et efficacia praesumptionis hominis. . . . .	"	496
<b>Scholion.</b> De allegationibus advocatorum et conclusione in causa . . . . .	"	497

## SECTIO V.

## DE SENTENTIA IUDICIALI EIUSQUE EXECUTIONE.

## TITULUS XXXVIII.

## DE SENTENTIA ET RE IUDICATA.

<b>Praenotiones.</b> . . . . .	"	500
§ 1. De sententia . . . . .	"	501
I. De notione et divisione sententiae . . . . .	"	ib.
II. De subiecto activo et passivo sententiae . . . . .	"	503
III. De qualitatibus internis sententiae . . . . .	"	504
IV. De solemnitatibus externis sententiae . . . . .	"	506
V. De revocatione sententiae. . . . .	"	508
§ 2. De re iudicata . . . . .	"	509
I. De notione et tempore rei iudicatae . . . . .	"	ib.

II. De vi et efficacia rei iudicatae . . . . .	Pag.	510
§ 3. De executione sententiae . . . . .	"	511
I. De subiecto activo et passivo executionis. . . . .	"	ib.
II. De tempore et modo executionis . . . . .	"	513
<b>Scholion I.</b> De expensis iudicialibus . . . . .	"	514
<b>Scholion II.</b> De cautione praestanda. . . . .	"	518
<b>Scholion III.</b> De beneficio pauperum. . . . .	"	519

## SECTIO VI.

### DE REMEDIIS IURIS.

#### TITULUS XXXIX.

##### DE APPELLATIONIBUS.

<b>Praenotiones.</b> . . . .	"	525
§ 1. De subiecto habili ad interponendam appellationem sive de appellante. . . . .	"	530
§ 2. De iudice appellationis . . . . .	"	533
§ 3. De causis appellationis . . . . .	"	536
§ 4. De effectibus appellationis. . . . .	"	538
§ 5. De procedura in causa appellationis. . . . .	"	540
I. De interpositione appellationis. . . . .	"	ib.
II. De receptione appellationis . . . . .	"	542
III. De introductione et prosecutione et fine appellationis . . . . .	"	543
§ 6. De querela nullitatis. . . . .	"	545
§ 7. De recusationibus iudicis et relationibus . . . . .	"	547
§ 8. De clericis peregrinantibus . . . . .	"	548

#### TITULUS XL.

##### DE CONFIRMATIONE UTILI VEL INUTILI.

<b>Praenotiones</b> . . . . .	"	550
§ 1. De notione et divisione confirmationis . . . . .	"	551
§ 2. De vi et efficacia confirmationis . . . . .	"	553

#### TITULUS XLI.

##### DE IN INTEGRUM RESTITUTIONE.

<b>Praenotiones.</b> . . . .	"	556
§ 1. De personis habilibus ad petendam restitutionem in integrum. . . . .	"	557
§ 2. De magistratu competente ad concedendam restitutionem in integrum . . . . .	"	558
§ 3. De conditionibus, causis, tempore, forma restitutionis in integrum . . . . .	"	560
§ 4. De effectibus restitutionis in integrum . . . . .	"	562

## TITULUS XLII.

## DE ALIENATIONE IUDICII MUTANDI CAUSA FACTA.

<b>Praenotiones.</b> . . . . .	Pag.	563
§ 1. De vi et ambitu prohibita alienationis iudicii mutandi causa. . . . .	"	564
§ 2. De remediis iuris contra prohibitam alienationem iudicii mutandi causa . . . . .	"	565

## PARS QUARTA

## DE SPECIALIBUS IUDICIIS CONTENTIOSIS.

<b>Prooemium</b> . . . . .	"	567
----------------------------	---	-----

## TITULUS XLIII.

## DE PROCESSU SUMMARIO.

<b>Praenotiones.</b> . . . . .	"	568
§ 1. Procedura in causis summarie definiendis . . . . .	"	570
§ 2. Quandonam processus summarius sit adhibendus . . . . .	"	572

## TITULUS XLIV.

DE PROCESSU IN CAUSIS MATRIMONIALIBUS . . . . .	"	574
---	---	-----

## TITULUS XLV.

DE PROCESSU IN CAUSIS NULLITATIS S. ORDINATIONIS AUT PROFESSIONIS RELIGIOSAE. . . . .	"	ib.
---	---	-----

## TITULUS XLVI.

DE PROCESSU IN CAUSIS BEATIFICATIONIS ET CANONIZATIONIS . . . . .	"	575
---	---	-----

# PROLEGOMENA

## § 1. CONNEXIO MATERIAE TRACTANDAE.

1. Exposito iure canonico de personis et rebus ecclesiasticis sive de constitutione atque administratione Ecclesiae constituto, quod lib. I. III. IV. Decretalium continetur, ex legitima materiae connexione iam transeundum est ad explanandas leges ab Ecclesia latas de *ordine iudiciorum* et *punitione criminum* (1). Prior quaestio de ordine iudiciario praesertim libro secundo Decretalium reservata est, qui a iudicio nomen accepit (2), atque adeo inde a lib. I. tit. 34. de treuga et pace usque ad tit. ult. 43. de arbitris X. dicuntur poni praeliminaria iudiciorum (3). Imo cum nomen iudicis lib. I. Decretalium (4), ut plurimum, sensu lato de magistratu sive praelato ecclesiastico accipiat (5), tit. vero 32. de officio *iudicis* delegati (non *legati* vel *qualiscunque delegati*) strictiorem habeat significationem, quatenus *index* distinguitur a *legislatore* atque *gubernatore* vel *praelato*, duo illi tituli una cum aliis ultimis titulis libri primi Decretalium aptius ad tractationem de iudiciis referuntur.

2. Alteram quaestionem de punitione criminum sive de iure poenali tamquam provinciam sibi propriam vindicant commentatores libri V. Decretalium (6).

(1) *Tarquini*, Inst. iur. eccl. p. 8. sq.

(2) *Laurin*, Introductio in corp. iur. can. p. 98.

(3) *Schmalzgr.*, Ius ecclesiasticum universum lib. I. tit. 34. prooem.

(4) *Laurin* l. c.

(5) Cfr. lib. I. tit. 16., de officio ordinarii in Sext.; *Baldi*, Comment. in corp. iur. can. p. 89. sq.; *Vering*, Gesch. u. Pandekten des rom. u. heut. gem. Privatrechts § 107.

(6) Cfr. quoque *Arndts*, Iurist. Encyklopaed. §§ 162. et 164. et *Bouix*, De iudic. ecclesiast. tom. II. p. 1. sq., ubi neglecto ordine a fontibus, intrinsicis rationibus, constanti praxi virorum doctorum commendato (*Durantis* († 1296) Speculum iudiciale lib. I. II. III.; *Laurin* l. c. p. 55, *Devoti*, Inst. canonic. lib. III. IV.; *Sanguineti*, Inst. iur. eccles. pr. p. 391), ante processum contentiosum sive litigiosum disputat de processu criminali.

3. Quod si in Decretalibus Gregorii IX. ordo aliquantulum diversus per S. Raymundum ita fuit adoptatus, ut ius de ordine iudiciario constitutum libro secundo, non quarto, insereretur, id ex imitatione quinque compilationum antiquarum (7) factum est, in quibus Digestorum et Codicis iuris Iustiniani premuntur vestigia (8). At negari non potest, in compilationibus Decretalium titulos de processu, sive de iure processuali, in meliorem ordinem fuisse digestos, quam in collectionibus authenticis iuris romani, idque non servili quadam imitatione, sed proprio ingenio independentique industria Ecclesiae, ut fatentur vel ipsi iuristae acatholici aequitate ducti, contradicentibus utique sine fundamento aliis (9). Quod adeo verum est, ut paulatim tempore medii aevi nequaquam processus antiqui iuris romani, sed processus canonicus vel in ipso foro civili receptus fuerit (10).

## § 2. NOMEN ET DEFINITIO CANONICI PROCESSUS SIVE ORDINIS IUDICIARII.

4. In iure romano non adhibetur vox *processus* ad designandam universam proceduram iudicalem sive complexum actuum legitimorum iudicis, actoris, rei, quibus cognitio et definitio causae absolvitur, sed potius nomen *iudicii* fuerat usitatum (11). At in iure Decretalium processus denotat actus iudiciales praesertim per iudices exercitos (12), et distinguitur a *forma* rescripti, iuris ordine, solemni ordine iudiciario, tamquam a norma quadam obiectiva, et a *personis*, quibus tribunal vel iudicium constituitur (13).

5. Quare processus canonicus, quatenus proxime designat proceduram sive seriem actuum iudicialium in tribunalibus ecclesiasticis, definiri potest: *Complexus actuum legitimorum*

(7) Laurin l. c. p. 97. sq.

(8) Baldi l. c. p. 62. sq.

(9) Muechel, Das Verfahren b. z. Litiskontestation i. ordentl. kanon. Zivilprozess, 1870., p. 3. sq.

(10) Devoli, Inst. canonic. lib. III. tit. 1. § 26; Renaud, Lehrbuch d. gem. d. Civilprocess. p. 5. et 10. sq.; Gross, Die Beweistheorie im can. Proc. I. p. 2. sq.; Wetzell, System d. ord. Civilprocesses p. 3. sq.

(11) L. 6. D. de fer. II. 12.; Renaud, l. c. p. 1.; Wetzell l. c. p. 2.

(12) Cap. 5. X. de feriis II. 9.; cap. 22. X. de rescriptis I. 3.; cap. 18. X. de off. iud. ord. I. 31.; cap. 2. de V. S. V. 2. in Clem.

(13) Cap. cit.; Urbach, Processus iudicii c. ann. 1405. p. 8. sq. (ed. Muther, Halis Sax. 1873).



*iudicis ecclesiastici, actoris, rei, quibus secundum ordinem iudicarium ab Ecclesia determinatum cognitio et definitio causae absolvitur* (14). Ordo vero iudiciarius Ecclesiae obiective spectatus, sive ius processuale, est: *Complexus canonum, quibus determinatur forma cognitionis et definitionis causae inter actorem et reum agitatae per iudicem ecclesiasticum*. Quo in ordine iudiciario Ecclesiae explicando, cuius duplex obiectum principale sunt personae iudiciales (*constitutio tribunalium ecclesiasticorum*) et actus iudiciales (*processus, procedura*), omnis disputatio scholastica huius libri est conclusa (15).

### § 3. DIVISIO MATERIAE TRACTANDAE.

6. Cum divisio sit instituenda materiae datae et assignatae scilicet titulorum libri secundi Decretalium et ultimarum titulorum libri primi et primorum titulorum libri quinti, nec plane indigestae, sed in suos iam titulos distributae, non abs re erit, si ea eligatur partitio, quae ordinem titulorum, quantum fieri potest, retineat simulque non tenacius singulos titulos suis relinquat locis, ut paucis inductis mutationibus ordo systematicus sive logicus atque ordo legalis amice componantur (16).

7. Qui scopus hac fere divisione videtur posse obtineri:

(14) *Goffredus de Trano* († 1245.), *Summa* libr. II. tit. I.; *Hostiensis* († 1271), *Summa* lib. II. tit. I. n. 1. 2.; *Ioannes Andreae* († 1348.) in Additionib. ad *Durantis*, *Speculum* lib. I part. 2. tit. de actore pr.; *Laurin* l. c. p. 149., 161. 162.

(15) *Gregorii XVI.*, Regolamento legislativo e giudiziario per gli affari civili (10. Nov. 1834.). P. II. Dell'ordinamento giudiziario. P. III. Delle leggi di procedura; *Instruct.* pro iudiciis ecclesiasticis quoad causas matrimoniales tit. 2. de processu matrimoniali, in *Collect. Lacen.* tom. V. p. 1286 sq. (*Instr. Card. Rauscher*).

(16) *Pirhing*, *Ius canonicum*, Prooem. § 6.; *Zech*, De iudiciis ecclesiasticis, Prooem. Oeconomia operis, et iam ipse *Tancredus* († inter 1234. et 1236.) in suo *Ordine iudiciario* et *Durantis* in *Speculo* nequaquam nimis anxie ordinem titulorum compilationum iuris Decretalium secuti divisionem illam principalem in personas et actus iudiciales adoptarunt, a qua recentiores scriptores de ordine iudiciario etiam fori saecularis (cfr. *Renaud* l. c. § 11. sq.), nisi nimium suo ingenio indulgeant, ut *Wetzell*, quoad substantiam non recedunt. Cfr. auct. infra § 5. cit. *Ponsius*, De antiquitatibus iuris canonici secundum titulos Decretalium, scribit: „Et quidem ille (*Heineccius*) eius quem nominavi libelli titulorum (*Institutionum*) in omnibus ordinem servavit; quem quidem ordinem, ne in referendis titulis voluminis Decretalium ita semper religiose observem, studium maioris in illis nectendis elegantiae et concinnitatis in causa fuit „.

## LIBER PRIMUS

DE IUDICIIS ECCLESIASTICIS IN GENERE ATQUE IN SPECIE  
DE IUDICIIS CONTENTIOSIS SIVE LITIGIOSIS

### PARS I.

DE MEDIIS DECLINANDI IUDICIUM ECCLESIASTICUM.

(Lib. I. tit. 35. de treuga et pace, tit. 36. de transactionibus, tit. 43. de arbitris).

### PARS II.

DE PERSONIS IUDICIALIBUS.

#### SECTIO I.

*De iudice ecclesiastico eiusque adiutoribus et ministris.*

(Lib. I. tit. 32. de officio iudicis, tit. 29. de officio et potest. iud. deleg., tit. 31. de off. iudicis ordin., Lib. II. tit. 1. de iudiciis).

#### SECTIO II.

*De partibus in iudicio ecclesiastico earumque adiutoribus.*

(Lib. II. tit. 1. de iudiciis [Continuatio], Lib. I. tit. 37. de postulando, tit. 38. de procuratoribus, tit. 39. de syndico).

#### SECTIO III.

*De iurisdictione et competentia iudicis ecclesiastici.*

(Lib. II. tit. 2. de foro competente. Cfr. quoque libr. I. tit. 42. de alienatione iudicii mutandi causa).

### PARS III.

DE ACTIBUS IUDICIALIBUS.

#### SECTIO I.

*De actibus iudicialibus universim spectatis.*

(Lib. II. tit. 8. de dilatationibus, tit. 9. de feriis, tit. 10. de ordine cognitionum).

#### SECTIO II.

*De introductione causae.*

(Lib. II. tit. 3. de libelli oblatione, tit. 7. de iuramento calumniae. Cfr. quoque tit. 11. de plus petitionibus).

## SECTIO III.

*De actibus quibusdam iudicialibus incidentibus.*

(Lib. II. tit. 11. de plus petitionibus, tit. 17. de sequestratione possessionum. Cfr. quoque lib. II. tit. 14. de dolo, lib. I. tit. 40. de his, quae vi metusve causa fiunt).

## SECTIO IV.

*De probationibus et defensionibus iudicialibus.*

(Lib. II. tit. 18. de confessis, tit. 26. de praescriptionibus).

## SECTIO V.

*De sententia iudiciali eiusque executione.*

(Lib. II. tit. 27. de sententia et re iudicata).

## SECTIO V.

*De remediis iuris.*

(Lib. II. tit. 28. de appellationibus, tit. 30. de confirmatione utili vel inutili, Lib. I. tit. 41. de in integrum restitutione).

## PARS IV.

## DE SPECIALIBUS IUDICIIS CONTENTIOSIS.

## LIBER SECUNDUS

## PARS I.

## • DE ORDINARIIS IUDICIIS CRIMINALIBUS.

(Lib. V. tit. 1. sq.).

## PARS II.

## DE SPECIALIBUS IUDICIIS CRIMINALIBUS (17).

## §. 4. FONTES CANONICI ORDINIS IUDICIARII

8. Quoniam ordo iudiciarius applicandus in foro ecclesiastico est complexus canonum, probe sciendum est, quinam sint fontes genuini, unde ius de processu canonico constitutum derivari possit. Fontibus illis adnumerari debet:

(17) *Sanguineti* l. c. p. 435. sq.

9. *Ius naturale*. Quod ius si generatim inter fontes iuris canonici, non obstantibus exceptionibus nonnullorum virorum doctorum, sit recensendum, maxime ad leges ecclesiasticas de iudiciis cognoscendas et comprobandas est omnino necessarium (18). Nam Christus Dominus, licet Ecclesiam suam vera potestate iudiciali instruxerit, tamen ordinem quemdam iudiciarium, qui ad particularia descendat, minime promulgavit. Quare in ordine iudiciario sicuti in legibus moralibus ad ius naturae recurrendum est, ut quid, supposita institutione Christi, ex natura rei sit deducendum, intelligatur (19).

10. *Ius divinum* novi (20) testamenti prout in sacra scriptura et traditione divina continetur, sub multiplici ratione est fons canonici ordinis iudiciarii. Etenim ex laudatis fontibus erui potest quae sit ex iure divino potestas iudicialis in Ecclesia (21), in quonam subiecto supremo resideat ex eadem divina ordinatione (22), quibusnam in causis sola sit competens exclusa omnino potestate civili (23), quae solemnitas ex iure divino sit permissa vel interdicta (24).

(18) Cfr. Acta S. Sedis vol. XIV. p. 417. sq., ubi ex iure naturae nullitas legati deducta est, ideoque prodiit declaratio S. C. C. 11. Iun. 1881: "Non constare de legati validitate".

(19) Suarez († 1617.), De legib. lib. X. cap. 2.; Bouix († 1870.), De iudiciis ecclesiast. tom. I. p. 15. sq.; Schmalzgr. († 1735.) l. c. libr. II. tit. 20. n. 68. 69.; Molitor († 1880.), Ueber can. Gerichtsverf. geg. cler. p. 4.; De Angelis, Prael. iur. can. tom. ult. proleg. p. 8.; Acta theol. Oenip. (a. 1887.) tom. XI. p. 378.

(20) *Ius Mosaicum*, ut Mosaicum, inter fontes processus canonici recensere nequit. Nam licet simplex quidam ordo, tum de iudiciis instituendis tum de modo procedendi, reperiatur in vetere lege constitutus (cfr. Exod. XVIII. 13. sq.; Deuter. I. 9. sq.; XVI. 18. sq. XVII. 8. XIX. 15.), tamen leges ibidem latae aut nituntur ipso iure naturali a Christo Domino (cfr. Matth. XVIII. 15. 16.; I. Timoth. V. 19.; II. Cor. XIII. 1.; cap. 10., 23., 28. 47. X. de testib. II. 20.; L. 9. Cod. IV. 20.) denuo confirmato, aut iure mere positivo sive divino sive humano cum ipsa vetere lege abrogato. Cfr. Suarez, De leg. lib. IV. cap. 2. et lib. IX.

(21) Cfr. Matth. XVIII. 14.-18.; Ioannis XXII Const. "Licet iuxta doctrinam" 23. Oct. 1327.

(22) Cfr. Matth. XVI. 17.-19.; Ioann. XXI. 15.-17.

(23) Cfr. Conc. Trid. Sess. XXIV., Doctr. de Sacr. Matr. can. 12.

(24) Pii VI. Const. "Auctorem fidei" 28. Aug. 1794. prop. 2. 3. 4. 5. 10. 11.; Pii IX. Encycl. "Quanta cura" 8. Decem. 1864: Syllab. Pii IX. prop. 19. sq.; Bened. XIV. Const. "Ad assiduas" 4. Mart. 1755.; Conc. Vat. Sess. IV. Const. "Pastor aeternus" cap. 3.; Devoti, lus canonicum universum tom. III. in app. cap. 1. 5. 6., libr. II. tit. 1.; Inst. can. lib. III. tit. 1.

11. *Fontes iuris humani* de ordine iudiciario sunt leges ab Ecclesia latae vel canonizatae (25). At quamvis iam primis saeculis non desint statuta canonica, quibus non solum sanctiones iuris divini in iudiciis ecclesiasticis observandae confirmantur (26), sed etiam positivae normae ab ipsa Ecclesia sint conditae (27), tamen *propria collectio* canonum de ordine iudiciario non existit, et canones iudiciales ordine quodam *chronologico cum* reliquis recensentur (28).

Finitis persecutionibus cum in dies cresceret numerus causarum ad forum ecclesiasticum delatarum (29), maior exstitit necessitas, ordinem iudiciale[m] Ecclesiae a pristina sua simplicitate (30), ad formam quandam stabilem atque solemnem revocandi. Id quod magna ex parte effectum est in Conciliis Africanis (31) aliisque Synodis (32). Atque eandem ob causam mirum non est, quod leges romanae de iudiciis, aequitate naturali commendatae, magis in foro quoque ecclesiastico sint receptae, ut constat ex factis historicis (33), maxime vero ex epistolis Gregorii M. (34), ita ut merito teneri possit, ineunte saeculo septimo vel ab ipsa suprema auctoritate ecclesiastica leges romanas de iudiciis tamquam fontem subsidiarium canonici ordinis iudiciarii fuisse admissas (35).

Post fundatas ecclesias in regnis populorum Germanicorum velut Francorum, Longobardorum, Visigothorum inde a

(25) Cfr. *Suarez* l. c. lib. X. cap. 2.

(26) Cfr. I. Timoth. V. 19.; Constit. Apostol. lib. II. cap. 21.; *Theodoret.*, Hist. eccl. libr. I. cap. 22.; *Hefele*, Conciliengesch. tom. I. p. 451. sq.

(27) I. Corinth. VI. 1. sq.; Can. Apost. 32. 74. 75.; Conc. Sardic. (343 vel 344) can. 3. 4. 5.; Constit. Apost. lib. II. cap. 45. sq. apud *Card. Pitra*, Iur. ecclesiastic. Graecor. hist. et monum. tom. I. p. 191. sq. tex. gr.; *Hefele*, Conciliengeschichte tom. I. p. 533. sq. p. 566. sq. et p. 610.

(28) *S. Cyprian.* ep. 49. i. f. et epist. 55. (*Migne*, P. L. tom. III. p. 725. et p. 795.); *Euseb.*, Histor. eccl. lib. VII. cap. 30.; *Hefele* l. c. p. 139. sq.; *Devoti*, Inst. can. lib. III. tit. 1. § 25.; *Molitor* l. c. p. 7. sq.

(29) Cfr. const. 1. Cod. Th. de episc. iud. XVI. 12.; *S. August.*, De opere monachorum, cap. 29.; (*Migne* P. L. tom. 40. p. 576. sq.).

(30) *Devoti*, Institutiones canonicae lib. III. tit. 1. § 25. not. 1.

(31) Cfr. c. 3. (Conc. Carthag. 348.); c. 4. (Conc. Carthag. 390.); c. 5. (Conc. Carthag. 397.); c. 6. (Stat. eccl. ant.) C. XV. q. 7.

(32) Cfr. c. 15. (Conc. Antioch. 341.) C. VI. q. 4.; c. 46. (Conc. Chalced. 451.) C. XI. q. 1.

(33) *Devoti*, Inst. can. lib. 4. tit. 1. § 5.; *Molitor* l. c. p. 35. sq.

(34) Cfr. epist. 45. (603.) lib. XIII. et capitulare II. leg. imp. (*Migne*, P. L., tom. 77. p. 1294. sq.).

(35) *Molitor*, l. c. p. 41. sq.; c. 7. (Greg. 603.) C. II. q. 1.; c. 38. C. XI. q. 1.; c. 2. C. XVI. q. 6.



saeculo sexto paulatim etiam consuetudines quaedam illorum populorum in processu canonico maiori minorive perfectione ab Ecclesia sunt adoptatae (36).

Quamprimum universum ius ecclesiasticum ordine quodam systematico ex saeculo 7. et 8. collectionibus canonum est insertum, mox ordo quoque iudiciarius propriam sedem in compilationibus obtinuit (37). Quod magna ex parte iam accidit in P. II. decreti Gratiani, cuius canones et dicta, si in ordinem quemdam systematicum redigantur, processum canonicum medio saeculo 12. canonibus et consuetudine determinatum non mediocri perfectione exhibent (38).

Denique Bernardus Papiensis in compilatione I. (1187-91.) etiam canones et decretales de processu canonico, ordine non spernendo, lib. I. et II. disposuit (39). Qui ordo in quatuor reliquis compilationibus retentus tandem quoad substantiam in compilationem authenticam Gregorii IX. ita est translatus, ut ultimis tit. lib. I. atque toto lib. II. ius constitutum, tum de processu universim spectato, tum maxime de processu civili atque de compluribus quaestionibus processus criminalis (40), ea ratione proponeretur, quae non leviter discreparet ab ordinibus iudiciariis moderni iuris civilis. Inde factum est, ut libro V. nonnisi pauci quidam tituli de processu cri-

(36) Cfr. v. g. Conc. Matiscon. I. (581.) c. 7. 8.; Conc. Matiscon. II. (585.) c. 9. 10. Maxime vero huc spectant statuta de iudicio synodali (Send). Cfr. *Regino* (Prumiens. Abbas) († 915.), *De synodal. causis et discip. ecclesiast.* (906), (ed. *Wasserschleben*, Lips. 1840.; *Migne P. L.* tom. 132. p. 175. sq.); *Capitulare incert. ann.* (755.?) capit. 3.; *Hefele* l. c. t. III. p. 591.; Conc. Mogunt. (851-52.) capit. 8.; c. 7. (ex *Reginone*?) C. XXXV. q. 6.; cap. 1. X. de off. iud. ord. (l. 31.); *Kirchenlexikon* tom. X. p. 66. sq. ed. 1.; *Waller*, *Deutsche Rechtsgeschichte* § 644. De purgatione canonica cfr. 7. 11. 12. 13. 15. 17. 22. C. II. q. 5.; *Decretal. Greg. IX.* lib. 5. tit. 34. de purg. can.; *Molitor* l. c. p. 54. sq.

(37) *Maassen*, *Geschichte der Quellen u. der Literatur des can. Rechts im Abendlande bis zum Ausgange des Mittelalters*, tom. I. p. 814., 822., 832.

(38) *Turcremata* († 1468), *Gratiani Decretor. libri V. secund. Gregorian. Decretalium libros titulosque distincti*, Romae 1726.; *Molitor* l. c. p. 72. sq.; *Laurin* l. c. p. 56. *Veteres glossatores et commentatores Decreti Gratiani breviter recenset Laurin* l. c. p. 53. sq. et p. 85. sq. *Fusius de hac re disputat Schulte*, *Geschichte d. Quellen u. Liter. d. c. R.*, Stuttgart 1875. (*Historia font. et litterat. i. c.*) tom. I. p. 109. sq. Quod opus, cum post defectionem auctoris a fide catholica sit publicatum, caute et sobrie est consulendum.

(39) Cfr. *Laurin* l. c. p. 97. sq.

(40) Cfr. v. g. cap. 4. 8. 10. 13. X. de iudiciis II. 1. et non pauca capita eiusd. lib. II. tit. 2. 6. 18. 19. 20. 23. 25. X.



minali fuerint supplendi. Cum Gregorius IX. de processu canonico plene perfecteque leges condidisset, Bonifacius VIII. libro VI et Clemens V. a multis legibus novis, quibus processum canonicum perficerent, sapienter abstinuerunt (41). Clementinae vero non numero novarum legum, sed multo magis utilitate paucarum constitutionum, in hac materia praestant. Etenim Clemens V. duabus decretalibus (42) processum summarium, iam ante illam aetatem praetermisso solemnī ordine iudiciario non raro adhibitum (43) solemnī iuris declaratione accuratius ordinavit (44).

Nihilominus etiam post (45) compilationes authenticas corpori iuris canonici insertas Rom. Pontifices saeculo 14.

(41) Cfr. *Molitor* l. c. p. 117. sq.

(42) Cfr. cap. 2. de V. S. V. 11. in Clem. (1306.) et cap. 2. de iudic. II. 1. in Clem. (1311.).

(43) Cfr. v. g. cap. 1. X. ut lite non contest. II. 6. (Innoc. III. 1198.); cap. 6. X. de iud. II. 1. (Alex. III. 1159-81); cap. 43. § 1. de elect. I. 6. in Sext.; cap. 20. de haeret. V. 2. in Sext.; *Card. de Luca*, Theatrum veritatis tom XV. De iudiciis, discursus 34. n. 6.; *Droste*, Kirchl. Disciplinar- und Criminalverfahren gegen Geistlichen p. 61 et 62.; *Briegleb*, Einleitung in die Theorie des summarischen Prozesses. Leipzig, 1859., cap. 2.

(44) Ut ius Decretalium rite intelligatur, Glossae in compilationes corporis iuris canonici conscriptae, cum etiam nostra aetate sua utilitate non careant, omnino consulendae sunt. In primis vero commentatores iuris Decretalium medii aevi, sive methodo exegetica sive systematica Decretales explanarunt, digni plane sunt, qui ab auditoribus scholae iuris Decretalium legantur. Maxime inter illos eminent: Goffredus de Trano († 1245.), Innocentius IV († 1254.), Hostiensis († 1271.), Ioannes Andreae († 1348.), Panormitanus († 1453). Qui cum in exseribendis libris aliorum dicatur maximus artifex, unico suo commentario multos alios supplet. Ceteroquin de glossatoribus et commentatoribus medii aevi cfr. *Laurin* l. c. p. 149. sq. 161. sq. 189. sq. 207. sq.; *Schulte* l. c. tom. II. p. 75. sq.

(45) Cum regulae Cancellariae apostolicae, quae praeter regulas expeditorias et beneficiales etiam iudiciales continent, ex saeculo 15. stabilem fere formam consecutae sint, inter fontes iuris processualis hoc loco enumerandae sunt. Cfr. *Riganti* († 1753.), Commentaria in reg. constit. ordinat. Canc. apost., Rom. 1744.-47. Novum textum reg. Canc. Apost. subministrat *Othenthal*, Die päpstlichen Kanzleiregeln von Johannes XXII. bis Nicolaus V. Innsbruck 1888. p. 138. 199. 200. Cfr. quoque *Scherer* l. c. I. p. 295. sq. Praeterea mox post publicatas Clementinas Ioannes XXII. Const. - *Ratio iuris* - 16. Nov. 1331. Rotam, cuius existentia iam supponitur, prima lege scripta accuratius ordinare coepit, quam Const. saec. 15. et 16. et 17. et 18. non paucae secutae sunt. Cfr. *Scherer* l. c. I. p. 492. sq. nec non ea, quae superius sunt dicta. Item ante Conc. Trid. occurrit Innocentii VIII. Const. - *Apprime* - 22. Dec. 1485. de officio auditoris Camerae Apostolicae iam constituto; alias Constitutiones de hoc tribunali recenset *Scherer* l. c. p. 495. Cfr. quoque Gregor. XVI., Regolamentoo infr. citand. § 369. sq.

15. 16. usque ad Concilium Tridentinum, ubi opus fuit, de ordine iudiciario leges condere, licet rarius, non cessarunt v. g. Urbanus VI. Const. " *Apostolicae camerae* ", 8. Sept. 1379.; Martinus V. Const. " *Romani Pontificis* ", circ. 1424. in Bull. Rom. ed. Taur. tom. IV. pag. 708.; Leo X. in Conc. Later. V. (46). Concilium Tridentinum salutaribus decretis proceduram canonicam reformavit; auxit enim et corroboravit potestatem iudicalem Episcoporum et nimias litium solemnitates amputavit (47). Absoluto Concilio Tridentino interpretationes authenticæ prodierunt iuris ibidem conditi de ordine iudiciario (48).

In primis vero commemoranda est praeclara reformatio processus canonici de nullitate matrimonii et professionis religiosæ per Benedictum XIV. in Const. " *Dei miseratione* ", 3. Nov. 1741. et " *Si datam* ", 4. Mart. 1748. Quæ Constitutio per Instr. S. C. C. 1838. extensa est ad definiendas causas de nullitate ordinis subdiaconatus. Cfr. *Sentis* l. c. p. 41. sq. Accedit eiusdem R. Pontificis Const. " *Sacramentum poenitentiae* ", 1. Iun. 1741. de forma procedendi contra sacerdotes sollicitantes ad turpia. Cfr. quoque Pii IX. Instr. d. 20. Feb. 1867. apud *Sentis* l. c. p. 42. sq. Præterea de appellationibus rite

(46) *Sentis*, Clementis Papæ VIII. Decretales p. 24. 35. et p. 49.; *Hergenroether (Hefe)* l. c. tom. VIII. p. 603.

(47) Sess. XIII. cap. 1.-8. de ref., Sess. XXIV. cap. 5. 20. de ref., Sess. XXIII. cap. 6. de ref., Sess. XXII. cap. 7. de ref., Sess. XIV. cap. 4. 5. 8. de ref., Sess. XXV. cap. 10. de ref.; *Pallavicini*, Vera Cone. Trid. hist. P. II. l. XII. cap. 4.; *Molitor* l. c. p. 209. sq.

(48) Post Conc. Trid. multarum causarum cognitio et definitio iudicialis ad SS. CC. Cardinalium delata est. Quare ut cognosceretur procedura iudicialis variarum Congregationum, stylus illarum fuit consulendus. Cfr. Acta S. Sedis, vol. IX. p. 551.-562. de modo agendi et procedendi coram S. C. C. et vol. II. p. 439. sq. et vol. XIII. p. 333. de modo proced. coram S. C. EE. et RR. in caus. civil. (decret. 5. sept. 1834.), et in caus. crimin. (decret. 15. Dec. 1834). Quum autem Const. " *Sapienti consilio* " Pius X. S. Rom. Rotam et Signaturam Apostolicam restituerit eisque potestatem iudicalem exclusive (saltem ordinarie et generaliter loquendo) demandaverit, stylus horum tribunalium non immerito est cognoscendus. Ad hoc inseruiunt " *Regulae servandae in praeceptis actis iudicialibus* apud S. Rom. Rotam et Signaturam Apostolicam approbatae ad experimentum a Pio X. 8. Sept. 1909., et " *Regulae servandae in iudiciis* apud supremum Signaturae Apostolicae tribunal approbatae et confirmatae a Pio PP. X. 6. Mart. 1912. " *Bonix*, De curia rom., Paris 1859.; *Phillips*, Kirchenrecht tom. VI. Ratisbon. 1864.; optime vero *Bangen*, Die roemische Curie (Romana Curia), Muenster (Monast.) 1854. Cfr. Pauli V. Const. " *Religiosorum* " d. 24. Aug. 1607. et alias Const. apud *Sentis* l. c. p. 35. sq.

instituendis a Clemente VIII. (49), Urbano VIII. (50), praesertim vero a Benedicto XIV. in celeberrima Const. "*Ad militantis Ecclesiae* „ 30. Mart. 1742. sapienter provisum est. Quibus ordinationibus nostro saeculo accesserunt Pii VII. Const. "*Post diuturnas* „ 30. Oct. 1800. et epist. circul. S. C. EE. et RR. 1. Aug. 1851. aliaque decreta eiusdem S. C. in materia iudiciali (51).

Denique postquam in Concilio Vaticano a compluribus Episcopis postulatum fuit, ut certa forma ubique observanda, et quidem summaria, praescriberetur, quoniam forma processus canonici hodie in diversis dioecesibus valde (esset) diversa (52), tandem sub Leone XIII. S. C. EE. et RR. 11. Iunii 1880. lingua italica Instructionem promulgavit pro ecclesiasticis curiis quoad modum procedendi oeconomice in causis disciplinaribus et criminalibus clericorum, cuius Instructionis ab eadem S. C. 26. Mart. 1886. ulterior declaratio data est (53).

Similiter pro nonnullis dioecesibus vel provinciis ecclesiasticis particulares quidam ordines iudicarii de causis civilibus, matrimonialibus, criminalibus fuerunt publicati, inter quos potissimum eminent Instructio de iudiciis ecclesiasticis circa causas matrimoniales et Instructio de modo servando in cognoscendis et definiendis causis criminalibus et disciplinaribus clericorum in foederat. Stat. Americae Sept. (54).

Tandem Pius X., sublata, saltem generaliter et ordinarie loquendo, Sacris Romanis Congregationibus potestate iudiciali, eisque relicta potestate administrativa, S. Rotam Romanam et Signaturam Apostolicam instauravit vel potius denuo instituit.

(49) Cfr. decreta S. C. EE. et RR. de mandato Rom. Pontificis lata d. 16. Oct. 1600.

(50) Append. Conc. Rom. a. 1725., ubi decreta d. 5. Sep. 1626. referuntur, v. g. in Collect. Lac. tom. I. p. 427. sq.

(51) Acta S. Sed., vol. XIX. p. 296. sq.; *Droste*, Kirchliches Disciplinar- u. Criminalverfahren gegen Cleriker p. 10.

(52) Cfr. *Martin*. Collect. docum. Conc. Vatic. p. 177.

(53) Acta S. Sed. vol. XIII. p. 324. sq. et vol. XIX. p. 296.; *Leuren*, Forum ecclesiast. lib. II. qu. 26. 41.; *Droste* l. c. p. 60. sq.

(54) Conc. plenar. Baltimor III. (1884.) p. 287. sq. una cum reliquis Instruct. S. C. de Prop. Fid. ibidem relatis, et praesertim illa super suspensionib. ex inf. consc. 20. Oct. 1884.; Instruct. pro iud. eccl. supr. n. 5. not. 15. allata; Instruct. pro Pragensi iudicio archiep. in causis ecclesiasticis ann. 1869. Archiv. f. k. KR. tom. 23. p. 429. sq.; Institutions diocésaines ou recueil des réglemens publiés par Mr. l'évêque de Digne, Paris 1845.

12. Quamvis legum civilium codices, quibus nostra aetate populi utuntur in ordinandis iudiciis fori saecularis, inter fontes canonici processus recenseri nequeant (55), tamen leges romanae Codicum Iustiniani in tractatu de iudiciis ecclesiasticis omnino sunt attendendae (56). Nam *eiusmodi leges*, si rem spectant mere profanam neque ulla ex parte sacris canonibus adversantur, tacite approbatae videntur in cap. I. X. de novi operis nuntiatione V. 32 (57).

(55) Id quod valet de ipsis legibus civilibus (cfr. Acta S. Sedis vol. V. p. 82, ubi traditur frustra invocari in iudiciis ecclesiasticis leges latas pro causis civilibus definendis) in statu pontificio pro tribunalibus laicis in causis criminalibus promulgatis Cfr. Decret. S. C. EE. et RR. § XV. 18. Dec. 1835. (Act. S. Sed. vol. XIII. 333); de causis vero mere civilibus cfr. Gregorii XVI. Regolamento legislativo e giudiziario per gli affari civili, 10. Nov. 1834. §§ 1707. et 399, ubi dicitur: « Sono regolati dalle stesse leggi di procedura tutti i giudizi innanzi qualunque giudicante o tribunale laico od ecclesiastico di Roma e dello Stato, salvo le particolari disposizioni, che riguardano i tribunali di commercio e quelli pure della piena Camera e della S. Rota », et relat. in causa Oritana d. 19. Ian. 1889. a. S. C. C. decisa p. 9. et 13. Acta S. Sed. vol. XVIII p. 71. sq.

(56) Quod *Freisen*, Geschichte des can. Eherechts bis z. Verfall d. Glos-senliteratur p. 842. notat iam ex Rufino: « De actionibus non agit ius ecclesiasticum, quia de his plenarie et sufficienter agitur in legibus. Amplectuntur quippe sacri canones ea, quae in legibus continentur, nisi ipsis sint contraria ». Attamen *Suarez*, de leg. lib. IV. cap. 11. n. 14. notat esse Doctores, qui tenent in tali casu lacunae in legislatione canonica potius leges *proprii* regni esse praefereudas legibus romanis, existimans tamen hoc potius esse *consilii*, cum per canones non inveniatur dispositum, quam *necessitatis*; at putat consuetudinem esse servandam, si ita ex consuetudine iudicium ecclesiasticorum fiat!! In quam sententiam concedere videtur inter recentiores *D' Annibale* Th. mor. I. 201, dicens: « Eapropter, quoties materia communis est utriusque iuris, ius civile suppletur ex iure canonico; et contra, quod iuri canonico deest, suppletur ex iure civili; non quidem romano, quod olim viguit, sed eo quod nunc viget ». Et confer Instr. Card. Rauscher, ubi quoad domicilium « minorum » (= domicilium necessarium) remittitur ad leges *austriacas*, scilicet ex iis eruendum quis sit minor. Quare in Köln. Pastoralbl. 1889. p. 26. defenditur in aliis regionibus pariter *legem civilem* esse attendendam quoad finem *patriae* potestatis.

(57) Ita *Bened. XIV.*, De synod. dioec. lib. IX. cap. 14. n. 1.; *Suarez*, De leg. lib. IV. cap. 11. n. 13.-16.; *Henr. Canisius*, Summa iur. can. p. 635. sq., de differentiis iur. can. et civ.; *Bouix*, De iud. eccles. tom. I. p. 19. sq.; *Scherer*, Handbuch des Kirchenrechtes tom. I. pag. 158. et 190. sq.; *Schulte*, Eheprocess p. 96.; cap. 10. X. de probationibus II. 19. ad v. « iuxta legitimas sanctiones »; L. 13. Cod. de iurisd. omnium iudic. IV. 30.; *Thomassin*, Vetus et nova Eccl. disc. P. II. lib. 3. cap. 104. n. 8.; *Gross*, D. Beweistheorie im can. Proc., ubi pariter cum *Ben. XIV.*, Pachmann. Molitor, tenet ius romanum iudici ecclesiastico esse fontem iuris subsidiarium. Idem prin-



13. Ut in aliis disciplinae ecclesiasticae partibus consuetudo inter fontes iuris canonici enumeratur, ita etiam in iure processuali vim suam obtinet. Inde etiam facile explicari potest illa diversitas in iudiciis ecclesiasticis, quam Episcopi supra n. 11. i. f. laudati insinuarunt. Porro consuetudine particulari fieri potest ut lex quaedam civilis alicuius regni, si sit honesta et in foro ecclesiastico specialis dispositio desit, neglecto iure romano in foro ecclesiastico recipiatur (58); imo vel ipsa consuetudine universali vel particulari solemnitates iudicii abrogari vel introduci possunt (59).

#### § 5. LITTERATURA CANONICI ORDINIS IUDICIARII.

14. Postquam in collectionibus systematico ordine compositis et in decreto Gratiani eiusque glossatoribus et commentatoribus (60), necnon in ordinibus iudiciariis iuris civilis, quos conscripserant v. g. *Bulgarus* († 1164.) (61), *Summa de iudiciis* (script. circ. 1148.), *Pilius* († post an. 1207.), *De ordine iudicior.* (script. post an. 1198.) aliique civilistae relati a Ioanne Andreae in Additionibus ad *Durantis Speculum* in proem. ad voc. "Plurimis", et a *Wetzell* l. c. p. 9. et 11. sq. propria quaedam litteratura praeformata est, tandem saeculo 12. primi occurrunt tractatus singulares (monographiae), quibus ius de processu canonico constitutum, non neglecto iure romano, ex professo proponitur et explicatur. Cfr. *Sarti* († 1766.), *De claris Archigymnasii Bononiensis Professoribus*, Bononiae 1769.-72. et *Savigny* († 1861.), *Geschichte des roem. Rechtes im Mittelalter* (Histor. iur. rom. temp. med. aevi), Heidelberg. 1825.-1831. Gall. ed. *Guénoux*, Paris 1839.-52., ital. ed. *Bollati*. Torino 1854.-57.

15. Primus ordo iudiciarius de processu canonico circa annum 1171. publicatus est (cfr. *Schulte*, *Geschichte d. Quellen*

cipium in Ecclesia orientali adoptatum fuerat, ut deficientibus canonibus recursus esset ad leges. Cfr. *Zhishman*, D. Eherecht der orient. Kirche p. 26. sq.

(58) *Suarez*, De leg. lib. IV. cap. 11. n. 14.; Conc. plen. Baltim. III. (1884.) p. 36.; *Molitor* l. c. p. 63.

(59) *Bouix*, De iudiciis ecclesiast. tom. II. p. 389.; *Santi*, Praelect. iur. can. lib. II. tit. 7. de iuramento calumniae n. 6.; *Schulte*, Eheprocess p. 85. et 86.; *Zech*, Praecognita iuris canon. § 382. de stylo curiae sive consuetudine iudiciali; *Durantis*, Speculum iudiciale lib. III. particul. 1. de accusatione 4.

(60) *Laurin* l. c. p. 46. sq.

(61) Edit. *Wunderlich*, Anecdota, quae processum civ. spectant, *Bulgarus*, Damasus, Bonaguida post 1255. Gotting. 1841.

u. Liter. d. can. R. tom. I. p. 233.), quem mox excepit intra ann. 1181-85. ordo iudiciarius codicis Bambergensis (cfr. *Schulte* l. c.). *Damasus* quoque in sua Summa de ordine iudiciario scripsit ante ann. 1215. de processu canonico, et *Tancredi* († 1234-36.) "Ordo iudiciarius", quondam celeberrimus (62) iam circa an. 1216. videtur fuisse compositus (63). *Aegidius* vero de *Fuscarariis* († 1289.) circa ann. 1260. tractatum de ordine iudiciario in foro ecclesiastico publici iuris fecit (64).

Omnium librorum celeberrimus de processu canonico toto medio aevo fuit *Guil. Durantis*, Speculum iudiciale. Quod opus postquam duabus editionibus ab auctore recognitis intra 1271-76-87. prodiit (65), praeter intrinsecam excellentiam et auctoris celebritatem maxime commendabatur per additiones praesertim a *Ioanne Andreae*, celeberrimo illo canonista, compositas (66).

Cum inde a *Ioanne Andreae* post Clementinas promulgatas ius processuale usque ad Concilium Tridentinum non iam fuerit notabiliter mutatum, in Speculo *Durantis* cum Additionibus *Ioannis Andreae* processus canonicus medii aevi theoretice et practice expositus tota sua perfectione habetur (67).

16. Licet saeculo decimo sexto contra Pseudoreformationem esset pugnandum, non defuerunt viri docti, qui processum canonicum novis lucubrationibus illustrarent, velut *Marranta* († 1530.), Speculum aureum, tractatus de ordine iudiciorum, Lugd. 1540.; *Cuiacius* (Cuias) († 1590.), Recitationes ad Decretalium Gregorii IX. lib. II. III. IV. Francof. 1594.,

(62) *Pilii*, *Tancredi*, *Gratiae* († 1236.?) libri de iudicior. ordine, ed. Frid. Bergmann, Gottingae 1842.; *Schulte* l. c. tom. I. p. 195.

(63) *Schulte* l. c. tom. I. p. 203. sq.; *Roffredus* Epiphani († circ. 1243.) libellos de iure canonico, quos post librum de libellis et ordine iudiciorum conscribere coeperat, morte praeventus non finivit. Cfr. *Schulte* l. c. tom. II. p. 75. sq.

(64) *Schulte* l. c. tom. II. p. 141. sq. Confer etiam Ioannem de Deo, "Liber cavillationum de cautela advocatorum" (1246.), cui operi in septem libros distributo fundamentum praebuit simile opus iuristae *Uberti Boiensis* († c. 1245.).

(65) *Schulte* l. c. tom. II. p. 148. sq.

(66) *Schulte* l. c. tom. II. p. 221. sq.

(67) *Molitor* l. c. p. 119. Attamen confer Speculum abbreviatum cisterciensis Ioannis a Zima vel Stynna (*Muther* Zur Geschichte des röm. can. Processes in Deutschland, 1872., 1-31.), nec non opus valde pervulgatum *Ioannis Urbach* Processus iudicii (c. ann. 1405.), quod opus, rovisiter a *Muther* (a. 1873.) editum, erronee fuit etiam adscriptum Abbati Panormitano.



Lugd. 1606.; *Mascardus* († 1588.), *Conclusiones omnium probationum etc.*, Venet. 1588.; *Farinacius* († 1618.), *Praxis et theoria criminalis*, Lugd. 1616.; *Iulius Clarus* († 1575.), *Practica criminalis*, Lugduni 1600.; *Passerinus* († 1677.), *Regulare tribunal*, Rom. 1677.; *Sigismundus Scaccia* (advoc. rom. circa ann. 1618.), *Tract. de iudiciis*, 1603.; de *appellationibus*. Francof. 1604.; de *sententia et re iudicata*, Genev. 1670.

Præcipue vero commemorandi sunt commentatores (68), qui, ordinem legalem titulorum secuti, partim methodo systematica partim exegetica, doctrinam canonicam capitibus libri I. et II. Decretalium de ordine iudiciario, industria non spernenda et solida ratione, proposuerunt, licet negari non possit, disquisitiones historicas, ut iam ab initio huius saeculi praeclare defendit *Devoti*, Ius. Can. univ. tom. I. Praef. p. VI. in istis libris desiderari, eamque lacunam nostro saeculo esse supplendam.

17. Postquam ultimo saeculo paulatim facta est restauratio sacrarum scientiarum et non pauca vincula libertatis ecclesiasticae soluta sunt, studium quoque iuris canonici reflo-

(68) Post. Conc. Trid. inter scriptores de iure Decretalium commendandi sunt:

I. Commentatores exegetici: *Paul. Laymann* († 1635.), Ius can. seu commentaria in libros Decretales, Dilingae 1663.; *Aug. Barbosa* († 1649.), *Collectan. Doctorum in ius pont. univers.*, Lugd. 1637.; *Em. Gonzalez de Tellez* († 1649.), *Commentaria perp. in sing. text. quinq. Lib. Decretal. Greg. IX.*, Lugd. 1673.; *Prosper Fagnanus* († 1678.), Ius can. sive commentaria in quinque libros Decret. Rom. 1659.; *Ub. Giralaldi* († 1775.), *Expositio iur. pontificii*, Rom. 1769.; *Petrus Passerini*, *Commentaria in Sext. Libr. Decret. Rom.* 1667.-1670.; *Anton. Dadinus ab Altasserra* († 1682.), *Commentarii in Libros Clementin.*, Paris. 1680.

II. Commentatores pragmatici sive dogmatici: *Henric. Pirhing* († 1690.); Ius canonicum etc., Diling. 1674.-78. atque inde excerpta: *Facilis et succinta ss. canonum doctrina* (Synopsis Pirhingiana), Diling. 1690.; *Anaclet. Reiffenstuel* († 1703), Ius can. univers., Frising. 1700.; editio compendiaria ad us. seminar., Paris. 1853; *Iac. Wiestner*, *Inst. can. Ius. eccles.*, Monach. 1705.-1706.; *Petrus Leuren* († 1723.), *Forum ecclesiasticum*, Mogunt 1717.-29., *Franc. Schmalzgrueber* († 1735.), Ius ecclesiast. univ., Ingolstad. 1712.-18., unde desumpta est: *Succincta s. can. doctrina*, 3 partes. Aug. 1747., *Remig. Maschal* († 1747.), *Instit. canonicae*, ed. Giralaldi, Ferrar. 1760.; *Iacob. Zallinger* († 1813.), *Instit. iur. eccl. maxime privati*, Aug. V. 1791.-93. Hisce scriptoribus merito accensentur atque etiamnum utiliter consuluntur: *Franc. X. Zech*, *De iudiciis ecclesiasticis*, Ingolstad. 1765.-66. = vol. V. et VI. *Instit. h. auct. et praesertim Devoti*, *Institutiones canonicae*, Rom. 1785. Cfr. de aliis commentatoribus iur. Decretal. *Scherer* l. c. I. p. 121. sq.; *Schulte* l. c. tom. III.

rescere coepit. Libertas enim, quam sibi vindicat Ecclesia, non est effrenata licentia, sed facultas nullo impedimento irretita agendi, quae iusta et bona sunt ex sancto officio sibi a divino Salvatore commisso et per sacros canones declarato. Quare ne quis sibi inane quoddam fingat simulacrum libertatis ecclesiasticae, ex iure canonico repetenda sunt statuta, quibus negotia ecclesiastica definiantur secundum iustitiam et aequitatem. Cfr. *Fessler* l. c. p. 101. sq. Quod si arbitraria agendi ratio a foro ecclesiastico omnino aliena sit oportet, id maxime requiritur in administranda iustitia. Mirum igitur non est, quod nostra aetate complures canonistae catholici conscripserint libros de processu canonico, quibus praeclarum studium praelatorum ecclesiasticorum restaurandi tribunalia ecclesiastica et processum canonicum, praesertim in causis matrimonialibus laicorum et criminalibus clericorum (69), apta efficacique ratione possit promoveri.

Ex recentioribus illis scriptoribus commemorandi sunt:

1. De *historia* processus canonici:

*Molitor*, opere infra cit. Qui auctor, quamvis de solo processu *criminali* contra clericos agat, tamen magna ex parte universi processus canonici historiam et praxim insigni eruditione proponit; *Fessler*, *Der canonische Process nach seinen positiven Grundlagen etc.* (Processus canonicus secundum fundamenta sua positiva), Wien (Vindobonae) 1860.; *Fournier*, *Les officialités au moyen âge*, Paris 1880.; *Hupertz*, *Quaestiones historicae de litis contestationis iur. can. indole ac natura*, Aquisgrani 1870.; *Pertile*, *Storia del Diritto italiano*,<sup>2</sup> Torino 1896.-1902.; *Salvioli*, *Manuale di Storia del Diritto italiano*,<sup>6</sup> Torino 1908.

2. De processu canonico in genere et in specie de processu contentioso:

*Devoti* († 1820)., *Ius canonicum universum*, Romae 1803. Opus rarum et magna cum eruditione scriptum, sed incompletum; complectitur enim praeter prolegomena tom. I. tantum commentarios in lib. I. et II. Decretalium tom. II. et III. contentos; *Bouix*, *De iudiciis ecclesiasticis*, Paris 1855.; *Pierantonelli*, *Praxis fori ecclesiastici*, Romae 1883.; *Santi*, *Praelectiones iuris can. lib. I. et II.*, Ratisbonae 1886.; *De Angelis*, *Praelect. iur. can.*, lib. I. Rom. 1877. et lib. II., ed. Gentilini, Romae 1884.-87.; *Grandclaude*, *Ius canonicum*, Paris, 1882.;

(69) Cfr. supra n. 11. not. 54.

*Phillips* († 1872.), *Compendium iuris ecclesiastici*, Ratisbon. 1875.; *Sanguineti*, *Iuris eccl. priv. institutiones*, Rom. 1884., *Lega*, *Praelectiones in textum iuris can. de iudiciis ecclesiasticis*, Romae 1896. sq. (70).; *Muenchen* († 1881.), *Das canonische Gerichtsverfahren und Strafrecht* (*Procedura canonica et ius criminale*). Coloniae 1865.; *Gross*, *Die Beweistheorie im canon. Process* (*Theoria probationis in processu canonico*), Vindobonae, 1867, Oenipont. 1880. (71).

### 3. De processu matrimoniali (72) scripserunt:

*Schulte*, *Darstellung des Processes vor.... geist. Ehegerichten....*, Giessen 1858. (*Processus matrimonialis*, *Esposizione della procedura matrimoniale*, Milano 1857.); *Ioder*, *Instructio de iudiciis ecclesiasticis circa causas matrimoniales*, Argentorati (*Strassburg*) typis.... Le Roux 1884; *Oberkamp*, *Das Processverfahren bei d. kirchlichen Ehegerichten zweiter und dritter Instanz in B.* (*Schema procedurae canonicae in secunda et tertia instantia iudicior. matrim.*) *Archiv f. k. KR.*, tom. 18. p. 294. sq.; *Bassibey*, *Procédure matrimoniale générale*, 1899.; *Bassibey*, *Le mariage devant les tribunaux ecclésiastiques*, Paris 1899.

### 4. De processu canonico criminali:

*Ghislerius* († 1625), *Tract. de iudiciis regularium*, Venetiis 1613.; *Bouix* op. cit. tom. II.; *Muenchen*, op. cit.; *Molitor* († 1880), *Ueber can. Gerichtsverfahren gegen Cleriker* (*De procedura can. contra clericos.*), Mainz (*Moguntiae*) 1856.; *Drostle*, *Kirchliches Disciplinar- und Criminalverfahren gegen Geistlichen* (*Canonica procedura disciplinaris et crim. contra clericos*). Paderborn (*Paderbornae*) 1882; *Boriero Fr.* *Manuale*

(70) Alios canonistas, qui in suis « Institutionibus » vel « Compendiis » vel « Summis », modo maiori modo minori eruditione etiam de iudiciis ecclesiasticis disputarunt, hoc loco referre non vacat; longus huiusmodi librorum catalogus reperietur apud *Scherer* l. c. p. 122. sq. et p. 125. sq.

(71) *Hinschius*, *Scholae de processu canonico publice habitae Berolini in semestri aestivo 1864.*; *Muechel*, *Das Verfahren bis zur Litiscontestation im ord. can. Civilproc.* (*Procedura in ord. can. proc. civ. usque ad litis contest.*), Leipzig 1870.

(72) Praesertim in causis matrimonialibus non raro usus faciendus est medicinae forensis. De quaestionibus huc spectantibus consuli possunt: *Zachias* († 1659.), *Quaestiones medico-legales* 1621.-1658.; *Capellmann*, *Medicina pastoralis*, Aquisgrani 1879.; *Eschbach*, *Disputationes physiologico-theologicae etc.*, Paris. 1884.; *Legrand du Saulle*, *Traité de médecine légale*, Paris 1886.; *Hoffmann*, *Lehrb. d. ger. Medicin*, Wien 1887.; *Casper-Liman*, *Handbuch der ger. Med.* ed. 7. 1881.; *Antonelli*, *Medicina pastoralis*, ed. 3., Romae, 1909.

teorico-pratico del processo canonico criminale e disciplinare, Padova, 1909.

5. De processu civili iuris romani:

Cum processus canonicus magna ex parte nitatur iure romano, quod tamquam subsidiarium fontem, saltem in hac materia, receptum esse supra § 4. demonstratum est, atque Ecclesia aliquas quoque leges et consuetudines adoptavit populorum germanicorum tempore medii aevi v. g. de iuramento, praeter scriptores de processu canonico etiam utiliter in subsidium vocantur legistae sive civilistae, dummodo iusti limites servantur. Ex antiquioribus commentatoribus iuris romani non immerito etiam ab hodiernis scriptoribus laudantur: *Francisc. Connanus* (nat. Paris. 1508. † 1551.), *Comment. iuris. civ. lib. X.*, Paris. 1553. Neap. 1724.; *Iacob. Cuiacius* (Cuias) († 1590.), *Opera* (omnia), Prati 1836.-1844. (et 1859.-74.); *Hugo Donellus* (Doneau) († 1591.), *Comment. iur. civ.*, Francof. 1589.-95.; *Iac. Gothofredus* († 1652.), *Codex Theodosianus*, Lugd. 1665., in quem commentarios scripsit etiam nostra aetate utiles, sed cum criterio legendos; *Vinnius* († 1657.), *In 4 lib. Inst. imper. comment.*, Lugd. Bat. 1642. — *Iustiniani Instit. l. 4.* Lugd. 1646. — *Tract. 4. de pactis etc.*, Amstel. 1651.; *Ioann. Voetius* († 1714.), *Comment. ad Pandectas.*, Lugd. Bat. 1698., Hag. Com. 1703., Barsani 1827.; *Pothier* († 1772.), *Pandectae Iustinianae in nov. ordinem digestae*, Paris. 1748.-52. Ex scriptoribus nostrae aetatis recensendi sunt: *Odoard. Ruggieri*, *De obligationibus praelectiones ad Pandectas*, Rom. 1872.; *Arndts-Serafini*, *Lehrbuch der Pandekten* (Institut. Pandectar. germ. et italice), Stuttgart (Stuttgartardae) 1866.; *Vering*, *Geschichte und Pandekten d. roem. u. heutig. gem. Privatrechts* (Historia et Pandectae privati iuris rom. et hod.), Mainz (Mogunt.) 1875.; *Savigny* (73), *System d. heutig. roemisch. Rechts* (Systema hodierni iur. rom.), Berol. 1840.-49., gallice: *Traité de droit rom. par Guénoux*, 1851.-55., hispanice: p. Mesia y Poley, Madrid 1879.; anglice: p. Guttrie, Edinburg 1869). — *Accarias*, *Précis de droit romain*, Paris 1886.; *Ortolan*, *Explication historique des Institutes de Iustinien*, Paris 1870.; *Demangeat*, *Cours élémentaire de droit romain*, 1867.; *Van Wetter*, *Cours élémentaire de droit romain*, 1871. Cfr. *La-*

(73) Cfr. quoque eiusdem auctoris: *Geschichte d. r. Rechts im Mittelalter*, Heidelberg. 1815.-1831. ed. sec. 1834.-1851. (Historia iur. rom. tempore medii aevi). Curavit versionem gallic.: Guénoux, Paris 1838. sq., versionem italicam: Bollati, Torino 1854. sq.



*grange*, Manuel de droit romain, Paris 1873. p. 83. sq. De processu civili iuris romani (74) vel communis ex professo scripserunt: *Keller*, Der roemische Civilprocess (Processus civilis iur. rom.), Leipzig (Lipsiae) 1883., (ed. italice Filomusi Guelfi. Nap. 1871; gallice Capmas 1870.-76.); *Wenzell*, System d. ord. Civilprocesses (Systema process. civil. ordin.), Leipzig (Lipsiae) 1878.; *Bethmann* († 1877.), Der Civilprocess d. gem. Rechtes in sein. heutig. Entwicklung (Evol. histor. process civ.), Bonn (Bonnae) 1864.-1874. — Cfr. quoque *Willems*, Le droit public romain etc. Louvain-Paris 1883. v. g. p. 172. sq. 328. sq. 471. sq. 623. sq.; *Ferd. Walter* († 1879.), Geschichte d. röm. Rechts (Historia iur. rom.) tom. II. lib. 4. et 5., ed. 3., Bonn (Bonnae) 1861.; *Ferd. Walter*, Deutsche Rechtsgeschichte (Hist. iur. germ.) tom. II. lib. 4. et 5., Bonn (Bonnae) 1857.; *Burnouf E.*, De re iudicata et rei iudicariae apud Romanos disciplina. Paris. 1824.; *Falsecher*, Delineatio eorum, quae in processu civili romano per Decretales mutata sunt, Heidelb. 1828.; *Bachofen I. I.* De Romanorum iudiciis civilibus, de legis actionibus, de formulis, de condictione, 1840.; *Ortolan*, Histoire de la législation romaine Paris 1863.-1880. — *Renaud*, Lehrb. d. gem. deutsch. Civilprocessrechts (Instit. iuris process. com. germ.), Leipzig (Lipsiae) 1873.; *Gasparolo*, Ius civ. rom. Senis, 1899.; *Wahrmund*, Quellen z. Geschichte d. röm-kan. Prozesses im Mittelalter, Innsbr. 1906.; *Dernburg*, Tratt. delle pandette. Versione ital. per M. Di Martino. Napoli, 1884.; *Brugi*, Istituzioni di diritto privato Giustiniano, Padova 1897.-1901.; *Ferrini C.*, Storia delle fonti del diritto romano e della giurisprudenza romana, Milano, 1885; *Ferrini C.* Diritto romano, Milano, 1885.; *Ferrini C.*, Manuale di pandette, Milano, 1904; *Ferrini C.*, Diritto penale romano; *Ferrini C.*, Lotte antiche e recenti contro il diritto romano. Conferenza tenutasi il 3 marzo 1901.; *May*, Eléments de droit Romain<sup>8</sup>, 1904.; *Petit*, Traité élémentaire de droit romain<sup>8</sup>, 1906.; *Bertolini C.*, Appunti didattici di diritto romano. Lezioni svolte nel corso ufficiale di diritto romano presso l'Università di Torino, vol. 9., 1907.-08.; *Cogliolo P.*, Manuale delle fonti di diritto romano<sup>2</sup>, 1910.; *Pacchioni G.*, Corso di diritto romano, 1905.-10. *Bonfante P.* Istituzioni di diritto romano<sup>3</sup>. Torino; *Bonfante P.* Storia del diritto romano<sup>2</sup>. Milano, 1908.

(74) De processu civili, qui nunc viget pro diversitate regionum et populorum in foro saeculari, consulendi sunt codices moderni de procedura civili eorumque commentatores.

6. De hodierna reformatione Curiae Romanae et ordinatione tribunalium Sedis Apostolicae novissime scripserunt:

*Hilling*, Die römische Kurie, Paderborn, 1908.; *Choupin*, Valeur des décisions, doctrinales et disciplinaires du S. Siège, Paris<sup>2</sup>, 1913.; *Parayre*, La nouvelle organisation du gouvernement central de l'Eglise, Lyon, 1908.; *Susta*, D. röm. Kurie u. d. Konzil v. Trient, Wien, 1909.; *Hofman*, Die Neuregelung der röm. Kurie durch Pius X., in Zeitschr. f. k. Theol. t. 33. p. 108. sq.; *Fourneret*, La réforme de la Curie Romaine, in Le canoniste contemporain, t. 33. p. 16. 65.; *Ferreres*, La Curia Romana según la novísima disciplina decretada por Pio X.<sup>2</sup>, 1911.; *Leitner*, De Curia Romana, Regensburg, 1909.; *Ojetti*, De Romana Curia, Romae, 1910.; *Simier*, La Curie Rom. Paris, 1909.; *Monin*, De Curia Rom. Lovanii, 1912.

7. Ex foliis periodicis, in quibus causae in foro ecclesiastico disceptatae atque definitae cum documentis ad rem nostram spectantibus referuntur, praesertim commemoranda sunt;

Analecta iuris pontificii, Recueil des Dissertations de droit canonique etc., Romae 1853. sq.;

Acta S. Sedis, Romae 1865. sq.;

Archiv f. k. Kirchenrecht (Archiv. iur. ecclesiast.) Innsbruck 1857. sq. — Moguntiae 1861. sq.

Recentioris originis sunt:

Le canoniste contemporain (ed. Grandclaude, nunc autem Boudinbon), Paris 1878 sq.; Journal du droit (postea add. canon.) et de la jurisprudence canonique (ed. Liberati) Paris 1881. sq.; Bollettino del contenzioso cattolico, Firenze 1877. sq. (ed. Grassi, qui postea nomen commutavit in: Consultore giuridico civile ed ecclesiastico). Cfr. Arch. f. k. KR. t. 61. p. 366. sq.; Monitore ecclesiastico (ed. Em. Card. Gennari) (75).

Inter haec folia periodica principem locum nunc obtinent Acta Apostolicae Sedis, quae Const. "Promulgandi", Pii X. 29. Sept. 1908. designata sunt Commentarium officiale de Apostolicae Sedis actis.

8. Inter collectiones variosque libros practicos utiliter consulantur:

(75) Pro negotiis ecclesiastico-civilibus in Italia commendandum est eiusdem auctoris: Manuale di legislazione e giurisprudenza d. 25. Iun. 1889. ab Em. Card. Rampolla laudatum; *Bertolotti*, Il parroco italiano nei suoi rapporti colle leggi dello Stato.<sup>3</sup> Roma, 1910.



Canones et Decreta Conc. Trid. (ed. *Richter* et *Schulte*), Lipsiae 1853., Neapoli 1859., et praeter Thesaurum resolutionum S. C. C. et collectiones declarationum S. C. C., quas curarunt vel curare coeperunt *Zamboni*, *Pallottini*, *Muehlbauer* praesertim : *Benedictus XIV.*, Quaestiones canonicae et morales in variis editionibus suorum operum, et Causae selectae S. C. C., quas collegerunt *Lingen* et *Reuss*, Ratisb. 1871.

Decisiones Rotae a multis fuerunt collectae v. g. a *Rebuffo* secundum ordinem decretalium Lugdun. 1555., a *Prosp. Farinaccio* decisiones criminales S. Rotae, Francof. 1616. (Cfr. de antiq. collect. decis. Rot. ab. an. 1376. : *Schulte* l. c. tom. II. p. 69.; *Lega*, in eruditissima praefatione ad collectionem decisionum Rotae instauratae mox citandam); *Monacelli*, Formularium legale practicum fori ecclesiastici, Venet. 1706.-1715., Romae 1844. (Cfr. *Scherer* l. c. p. 128.) Decisiones supremae tribunalis Signaturae iustitiae ab a. 1845.-1854. (ed. Ioach. Belloli et Politi), Rom. 1856.-58. Recensenda tandem hic est recentissima collectio, cui titulus: S. Rom. Rotae Decisiones seu sententiae, quae iuxta Legem propriam et Const. "*Sapienti consilio* „ Pii PP. X. prodierunt anno 1909., cura eiusdem S. Tribunalis editae. Romae, 1912. Huic primo volumini nuperrime accessit volumen alterum, cura eiusdem S. Tribunalis editum (Romae, 1913.), quod continet decisiones seu sententias, quae prodierunt anno 1910.

---

# LIBER I.

## DE IUDICIIS ECCLESIASTICIS IN GENERE ATQUE IN SPECIE DE IUDICIIS CONTENTIOSIS

### PARS PRIMA

#### DE MEDIIS DECLINANDI IUDICIUM ECCLESIASTICUM

##### Prooemium

Si pessima dicitur respublica, in qua plurimae sunt leges, et a canonibus incaute multiplicandis procul dubium etiam in Ecclesia est abstinendum (1), non minora damna affert reipublicae atque Ecclesiae nimia litium frequentia (2). Quare quemadmodum ab illa rerum ecclesiasticarum administratione cavendum est, qua passim controversiae etiam graves ordine iudiciario non servato dirimuntur (3), ita pruritus litigandi sine sufficienti ratione procul arceatur necesse est a foro ecclesiastico. Summopere igitur interest, ut quis, antequam fori pericula experiatur litiumque ambages, media cognoscat et applicet vitandae iudicialis indagationis atque definitionis.

### TITULUS I.

#### DE IURIBUS VINDICANDIS SINE IUDICE PER VIM PRIVATAM

*(Lib. I. tit. 34. De treuga et pace).*

**18. Fontes:** (4) § 1. Inst. de vi bon. rapt. IV. 2.; § 6. Inst. de interd. IV. 15. — L. 4. pr. L. 5. L. 29. § 1. L. 45. § 4. L. 52. § 1. D. ad leg. Aquil. IX. 2.; L. 1. § 4. L. 3. D. de iust. et iure I. 1.; L. 12. § 2. L. 13. D. quod metus IV. 2.; L. 3. § 9. L. 17. D. de vi XLIII. 16.; Dig. XLVIII. 6. ad leg. Iul. de vi publ.; Dig. XLVIII. 7. ad leg. Iul. de vi priv. I. 27.; Cod. III. 27. quando liceat unicuique sine iudice vindicare se; L. 9. Cod. sol. matr.

(1) Cfr. *Martin*, Collect. doc. Conc. Vatic. p. 159.

(2) Cfr. cap. I. de appell. II. 15. in Sext.

(3) Cfr. verba Pii VII. relata in motu propr. Gregor. XVI. 10. Nov. 1834.

(4) Cfr. quoque Regolamento penale Gregoriano art. 105.-116. incl. et art. 294. Cod. penale del Regno d'Italia, art. 286.-88., art. 559.-63. — Cod. poenal. Germ. (Straf. G. B.) § 53.

V. 18.; L. 1. L. 7. Cod. unde vi VIII. 4. — Nov. 52. cap. 1.; Nov. 134. cap. 7. — Decret. Grat.: Dist. 90. — c. 9. C. XXIII. q. 5.; c. 25. C. XXIV. q. 3. — Cpl. I. lib. I. tit. 24. de treug. et pace, Cpl. V. lib. I. tit. 17. de tr. et pace. — Decret. Gregor. IX. lib. I. tom. 34. de tr. et pace; cap. 42. X. de appell. II. 28.; cap. 2. 3. 18. X. de homicid. V. 12.; c. un. de homic. V. 4. in Clem.; cap. 18. de praeb. III.<sup>o</sup> 4. in Sext. — Extrav. com. lib. I. tit. 9. de tr. et pace.

**Scriptores:** *Caramelli*, Commento al Regoi. pen. Greg. p. 198. sq.; *Schmitt*, Die Selbsthülfe im röm. Privatr. Erlangen, 1868. *Arndts*, Pand. § 94.; *Vering*, Geschichte u. Pandekten des römischen u. heutigen gemeinen Privatrechts, Mainz, 1875. § 103. — *Zech*, De iudiciis ecclesiast. sect. I. tit. 10.; *Thesaurus* († 1655.) De poenis ecclesiast. P. II. cap. 10.; *Ferraris* († 1760.?), Prompt. bibl. can. v. Vis. — *S. Thom.* II. II.<sup>ae</sup> q. 64. art. 7.; *I. Lugo* († 1660.), De iust. et iure, disp. 10. sect. 3. sect. 6.-11. — *Devotius*, Ius canon. h. t.; *Semichon*: La paix et la trêve de Dieu, Paris 1857. 1869.; *Fehr*, D. Gottesfriede u. d. k. KR. d. Mittelalters, Augsb. 1861.; Kirchenlex. tom. V. p. 900. sq. edit. II. Archiv. f. k. K. tom. 21. p. 3. sq. tom. 22. p. 3. sq.

### Praenotiones.

**19. Connexio materiae.** Quamvis in omni societate perfecta bene constituta ordinarie iura sine iudice non sint vindicanda, tamen interdum iniusta aggressio adeo inopinato accidit, ut sola vi privata efficaciter propulsari possit. Quodsi inter principes, qui regunt societates perfectas, ultima ratio ad definendas controversias merito dicatur bellum, nonnisi per summum abusum longo medii aevi tempore factum est, ut lites quoque privatae passim dirimerentur per faidas sive bella privata. Quid Romani Pontifices et Concilia generalia statuerint contra hunc abusum saltem ex parte capitibus h. t. continetur, quae post amissam vim iuridicam historice tantum sunt explicanda stabilitis tamen principiis, secundum quae facta historica sunt diiudicanda indicatisque legibus etiamnum vigentibus de privata iurium tutela sine iudicis interventione.

**20. Definitio et divisio** I. *Treuga* sive *Treva* vel *Treuva* derivatur a vocabulo germanico *Treue* (5), quod significat fidelitatem vel fidem et in rubrica h. t. designatur *securitas praestita personis et rebus discordia nondum finita*, praesertim in bellis istis privatis medii aevi (6); *pax* vero est *securitas personis et rebus praestita discordiae finem imponens* (7). Porro *treuga* et *pax* alia est *conventionalis*, quae per contractum

(5) Cfr. *Hefele*, Conciliengesch. tom. IV. p. 699. not. 1.

(6) Cfr. *Schmalzgr.* h. t. n. 13.

(7) Cfr. *Zech* I. c. § 118.; *Pirking* h. t. n. 1.

partium litigantium facta est et ex illo accipit formam et modum (8); alia est *canonica* et *legalis*, quatenus aut per sacros canones (9) aut per leges civiles (10) partibus litigantibus etiam invitis cum sanctionibus poenalibus fuit imposita. Denique *treuga* sive conventionalis sive legalis vel canonica poterat esse *perpetua* sive continua, quae sine dierum discrimine fuit concessa (11) et *temporalis*, quae ad certos dies et sacratoria anni tempora fuit limitata (12).

II. *Vis*, quae alicui infertur, definiri potest cum Paulo L. 2. D. quod metus causa IV. 2.: *maioris rei impetus, qui repelli non potest. Naturalis* est, si proveniat a causis naturalibus v. g. incendio, aut *humana*, quatenus infertur ab hominibus sive ab hostibus, sive a civibus. *Iusta* est et *iniusta*, *publica* sive armata, et *privata* sive sine armis illata (13). Vi iniustae atque iniuriae opponitur *tutela* sive *vindicatio* iurium tum *publica*, quae fit per magistratus publicos, tum *privata*, sive defensiva sive aggressiva, ab hominibus privatis propria auctoritate et sine iudice exercita.

### § 1. PRINCIPIA FUNDAMENTALIA.

21. Potestas civilis, cum omnibus subditis praescribere posset, ut exclusis bellis privatis ordinarie officium iudicis implorarent ad controversias privatas definiendas, quemadmodum ratio dictat et historia comprobat (14), multo magis saltem ad *treugas* praescribendas omnino fuit competens (15).

22. Dubium existere nequit, quin Ecclesia iure suo sapienter usa sit, cum in *treuga Dei* praescribenda aut confirmanda suam interponeret auctoritatem. Etenim Ecclesia potest etiam

(8) Cfr. c. 7. D. 1.; c. 1. sq. C. XXIII. q. 1.; c. 2. C. XXIII. q. 2.; cap. 3. X. de iureiur. II. 24; Van Gestel, De iustitia et lege civili, Groningae 1889. p. 56. sq. de distinctione inter ius naturae et ius gentium et ius inter gentes.

(9) Cfr. cap. 1. 2. h. t.

(10) Cfr. Laurrière, Ordonnances des rois de France I. 84.; Zech I. c. § 124.; Walter, Deutsche Rechtsgesch. §§. 277. 335. sq.; Hefele, Conciliengesch. tom. V. p. 211. 270. 566. 997.; Kober in Kirchenlex. p. 909. et 910.

(11) Cfr. cap. 2. h. t.

(12) Cfr. cap. 1. h. t.

(13) Cfr. in Dig. lib. XLVIII. cit. tit. 6. et 7.; Cod. pen. Greg. I. c.; Schmalzgr. I. c. lib. I. tit. 40. n. 1.

(14) Cfr. Laurrière aliosque script. in sup. nota 10. citatos.

(15) Pirhing h. t. n. 7.

laicos obligare ut abstineant ab actibus, quibus irreverentia irrogatur cultui divino et diebus temporibusque sacris (16). Quae reverentia cultui et religioni debita perpetuis illis bellis privatis, ut constat ex documentis historicis, maxime fuit neglecta. Deinde Ecclesiae est defendere pauperes et debiles miserabilesque personas, quarum causae illo tempore (17) foro ecclesiastico addictae periclitabantur in mediis illis provocationibus ad arma et faidas. Praeterea si administratio iustitiae negligatur etiam per supremum principem, ut accidit illo tempore per debilitatem et socordiam regum, Ecclesia suis legibus et iudiciis istis malis mederi potuit (18). Denique treugae illae saepe ortae sunt pactis mutuis iuramento confirmatis, et ut iuramento sese obstringerent, fideles ad pacem servandam et defendendam adacti sunt. At ratione iuramenti et peccati gravis et periurii Ecclesia pariter facta est competens ad huiusmodi causas diudicandas (19) et violatores treugae poenis gravissimis (20) suo iure subiicere potuit.

23. Nostra quoque aetate Ecclesiae est, *authentice declarare* sanctiones *iuris naturalis* de bello inter supremos principes (21) et vim et ambitum iuris privatorum defendendi propria aucto-

(16) Cap. 13. X. de iudiciis II. 1.; cap. 13. X. qui filii sint leg. IV. 17.; *Pirking* h. t. n. 4.

(17) *Bouix*, de iudiciis eccl. tom. I. p. 118.; *Antonelli*, († 1694), De regimine ecclesiae episcopal. lib. V. c. 4.; *Vering*, Inst. iur. eccles. p. 680.

(18) Cap. 10. X. de foro comp. II. 2. (Innoc. III); *Bouix*, De iudic. eccl. tom. I. p. 90. sq.

(19) Cap. 13. X. de iudic. II. 2.; cap. 3. de for. comp. II. 2. in Sext., cap. 2. de iureiur. II. 11. in Sext.; *Santi* h. t. n. 3.; *Bouix* l. c. p. 117. sq.

(20) *Kober* in Archiv. f. k. KR. tom. 21. pag. 20. et 34. per *Suarez*, De cens. disp. 36. sect. 3. corrigendum. Ibidem *Kober* videtur asserere poenam interdicti violasse ius naturae, eo quod poena illa esset imposita et nocentibus et *innocentibus*. At hac in re praeclarus ille canonista aut minus clare mentem suam manifestavit aut aperte erravit. Nam poena interdicti nititur iure *communi* Ecclesiae, sive lege disciplinari et universali. Porro ex theologia dogmatica certum et indubitatum est, Ecclesiam non posse condere legem disciplinarem universalem, in qua contra fidem et bonos mores aliquid decernat, quia in his quoque est infallibilis. Atqui si quid statuisset in lege disciplinari universali contra ius naturae, errasset in re *moralis*. Ergo quoniam Ecclesia certe non erravit, erravit in sua assertione clarissimus Professor. Qui praeterea confundit poenam cum eius incommodis et sequelis. Interdictum ut poena statuitur tantum in nocentes; at ex poena nocenti imposita posse sequi incommoda pro innocentibus nec novum nec mirum est.

(21) *Martin*, Collect. doc. Conc. Vatic. p. 103. sq. postulata multorum Episcoporum de iure belli et supremo tribunali internationali; *Schmalzgr.* h. t. n. 1. sq.



ritate et sine iudice etiam per vim armatam iura propria iniuste impetita, ita ut interdum codices iuris civilis et placita iuristarum sint emendanda. Utrum Ecclesia pro suprema et plena sua potestate iudicio suo reservare possit controversiam quandam vere *internationalem* necne, eruendum est ex saepe cit. cap. Novit 13. X. II. 1. Innocentii III. (22). Num vero expediat usus huius iuris, nisi libere a partibus expetatur decisio ecclesiastica, post Concil. Trid. examinat *Molina* († 1600), De iust. et iure tractat. II. disp. 103. (23).

## § 2. NOTAE HISTORICAE

24. Quodsi iam leges romanae complures statuunt casus, quibus liceat unicuique sine iudice vindicare se vel publicam devotionem (24) etiam privata auctoritate (25) atque adeo vi armata, dummodo ne specialis iuris prohibitio obsistat (26), neve media illegitima adhibeantur et servetur moderamen inculpatae tutelae (27); multo minus quis mirabitur, quod populi illi, qui ex saeculo quarto paulatim imperium romanum invaserant, nimis prompti extiterint bellis quoque privatis privata iura vindicare (28). Armis enim et bellis assueti vel in ipsum suum ordinem iudicarium introduxerunt ordalia et duella (29).

25. Post collapsam monarchiam Carolingiorum saeculo 10. et 11. iste abusus per faidas iure quodam manuario controversias privatas dirimendi adeo creverat, ut publica salus et securitas quam plurimarum provinciarum penitus videretur pessumdata, et communis immineret ruina (30). Cui gravisimo malo ut resisterent, cum reges et principes essent impares, Ecclesia pro viribus sese opposuit. Prima vestigia interventionis ecclesiasticae in faidis istis sedandis occurrunt

(22) Cfr. praeter commentatores h. cap. etiam *Phillips*, Kirchenrecht tom. III. § 129.; *Hefele* l. c. tom. V. p. 1120. (Conc. Lugd. I. 1245. c. 17.)

(23) Cfr. lib. V. tit. 15. De sagittariis X.

(24) Cod. III. 27. et supra fontes cit. ex iur. rom.

(25) L. 29. § 1 D. ad leg. Aquil. IX. 2.

(26) L. 9. Cod. soluto matr. V. 18.

(27) Cfr. L. 1. Cod. unde vi VIII. 4.

(28) L. 3. D. de iust. et iur. I. 1.

(29) Cfr. X. lib. V. tit. 35. de purg. vulg.; *Walter*, Deutsche Rechtsgesch. §§ 668. sq., 704. sq.; *Kirchenlex.* v. "Gottesurtheile".

(30) *Bouquet*, Recueil des historiens des Gaules et de la France XII. 630.

a. 990., quo in epistola Widonis, Episcopi Pudiensis in Gallia, commemoratur conventio pacis causa inita et censuris quoque ecclesiasticis corroborata ab Episcopis et principibus (31). Similis treuga in civitate Limovicensi Aquitaniae a. 994. et Pictavii a. 1000. constituta est (32). Exemplum Episcoporum Aquitaniae mox secuti sunt Praesules Galliae septentrionalis a. 1021. et Episcopi Burgundiae a. 1023. At illae sanctiones et promissiones solemnes aliaeque subsequentes v. g. a. 1031. et a. 1034., redeunte prosperitate temporali, a viris istis militariibus oblivioni datae sunt neque finem obtinuit novus rigor disciplinae ecclesiasticae (33).

26. Quare iidem Episcopi Aquitaniae, qui quondam pacem perpetuam sese introducere posse arbitrati fuerant, circa ann. 1040. auctores exstiterunt temporalis cuiusdam treugae ab occasu solis feriae quartae usque ad ortum solis feriae secundae (34). Quae ab Aquitanis a 1040. fuerant constituta, incredibili celeritate in aliis regionibus adoptata sunt v. gr. a. 1041. a magna Synodo Burgundiae aliisque Conciliis provincialibus (35). Cum quoad treugam illam temporalem servandam nequaquam uniformis esset praxis, tandem in Conc. Claremont. 1095. ab Urbano II. celebrato tempus quoddam certum est determinatum et mox in Conc. Rothomag. 1096. in aliisque Conciliis provincialibus (36) receptum. Postquam Rom. Pontifices treugae ordinandae manum apposuerunt, etiam Conc. Lateranense I. (1123.) c. 13. treugam Dei et poenas contra violatores illius latas solemniter confirmavit. Denique duo canones, quos Innocentius II. in magna Synodo Remensi 1131. de pace perpetua (c. 11.) et temporali (c. 12.) condiderat, ab eodem R. Pontifice in Conc. Lateranensi II. (1139.) c. 12. et ab Alexandro III. in Conc. Lateranensi III. (1179.) c. 21. 22. ad verbum fere innovati, tandem a Gregorio IX. in suam collectionem authenticam h. t. sunt translati.

27. Ex documentis allatis facile efficitur, originem treugae ex Gallia esse repetendam, ita ut treuga diceretur *pax gallicana*. Ubi primum orta est treuga temporalis, ibi potissimum per potestatem regiam magis magisque auctam pax per-

(31) *Maillon*, De re diplomatica lib. 6. n. 144. charta de treuga et pace.

(32) *Bouquet* l. c. X. 147. 536.

(33) Synod. Bituric. 1038.; *Hefele*, l. c. tom. IV. 696. sq.

(34) *Rodolph. Glaber*, Histor. V. 1; *Mansi* XIX. 593. sq.

(35) *Hefele* l. c. tom. IV. p. 698. sq. 757. 780.

(36) *Hefele* l. c. tom. V. p. 155. 175. 222. 241.

petua et universalis primum substituta est; etenim iam circa med. saecul. 13. Ludovicus IX. omnes faidas privatas severe interdixit. In Hispania treuga Dei, quae a. 1066. in Conc. Gerundensi (37) fuerat stabilita, pariter per reges ex saec. 13. in pacem perpetuam est transformata. Neque ex Italia desunt exempla treugae institutae v.g. in Synodo romana a. 1083., in Conc. Melphitano a. 1089., in Conc. Troiano a. 1093., in Synod. Lateranensi a. 1097. sub Urbano II. (38) Henricus, Episcopus Leodiensis, a. 1084. treugam in Germaniam primus induxit, quem duobus annis post Archiepiscopus Coloniensis secutus est. Accesserunt alia pacis foedera, donec tandem Maximilianus I. a. 1495. pacem pro universo imperio promulgaret (39). Denique etiam in Anglia treuga Dei iam ex saeculo 11. legibus et usu fuit recepta (40).

### § 3. IUS CONSTITUTUM EX DISCIPLINA VIGENTI

28. Quoniam faidae vel privata bella omnino iam cessant, si excipias duella (41), et leges ecclesiasticae de treuga ad bella publica autoritate gesta nunquam sunt extensae (42). capita h. t. tum quoad prohibitiones tum quoad poenas impridem sunt plane abrogata (43). Neque ulla nostra aetate existit lex canonica mere disciplinaris, quae de bello gerendo contineat statutum ultra sanctiones iuris naturalis. Etenim si quae de sagittariis ex cap. unic. X. de sagitt. V. 15. (Innoc. II. c. 29. Conc. Lateranensis II. a. 1139.) huc spectant (44)

(37) *Hefele* l. c. tom. IV. p. 883.

(38) *Hefele* l. c. p. 196. 207. 249.

(39) *Zech* l. c. § 124.; *Walter* l. c. §§ 277. 335. sq.; *Kober* in *Kirchenlex.* l. c. p. 909. et 910.

(40) *Kober* l. c. p. 912.

(41) Quare Ecclesia in duellum severas poenas retinet. Cfr. Decretal Greg. IX. lib. V. tit. 13. 14. 15. 25.; Pius IV. Const. « *Eaque a praedecessoribus* » 13. Nov. 1560., const. a Iulio II., Leone X., Clemente VII. contra duellantes latas confirmavit novasque poenas adiecit; Conc. Trid. Sess. XXV. cap. 19. de reform.; Greg. XIII. Const. « *Ad tollendum* » 5 Dec. 1582.; Clem. VIII. Const. « *Illius vices* » 4 Sept. 1592.; Bened. XIV. Const. « *Detestabilem* » 10 Nov. 1752.; Pii IX. Const. « *Apostolicae Sedis* », 12 Oct. 1869.; *Zech* l. c. sect. II. tit. 28.; *Schmalzgr.* l. c. lib. V. tit. 14.; *Thesaurus*, De poenis eccles. v. Duellum; *Wernz* l. c. t. VI. n. 375. sq.

(42) Cfr. *Zech* l. c. § 123.

(43) *Devoti*, ius canonicum h. t. § 4.

(44) *Gonzalez* l. c. in h. cap.; *Hefele* l. c. tom. V. p. 442.; *Schmalzgr.* l. c. lib. V. t. 15.; *Santi* l. c. cod.

non iam vim iuridicam obtinent. Et quamquam quidam "*somniant* tempus futurum quo homines, licet Deum non secuturi, non tamen ulla amplius bella „ sint visuri (Patr. Cilic. ap. *Martin*. l. c. 104.), tamen nostra aetate potius media essent quaerenda, quibus bellorum publica auctoritate gestorum et numerus et crudelitas imminueretur (45).

29. Ius ecclesiasticum non obstat, quominus quis privatus aggressionem *iniustam praesentem* vel *proxime imminentem* contra vitam vel corpus vel pudicitiam vel bona temporalia per cruentam defensionem sive *a se* sive *ab alio homine innocente* propulset, dummodo servetur *moderamen inculpatae tutelae* (46).

30. Praeter cruentam iurium defensionem, privata quis auctoritate sine iudicis interventione ius suum tueri potest, si v. g. intercidat traiectum aquae per suam domum positum citra servitutem (47) aut possessionem vi sibi ereptam in ipso congressu vi recuperet (48). Neque plane aliena est a privata iurium tutela *operis novi nuntiatio* atque prohibitio (49). Denique ex antiquo iure populorum germanicorum, quod pro sua indole privatam iurium tutelam ultra imites iuris romani extenderat, nostra aetate unice remansit ius pignorationis (50).

31. Nostra aetate nondum est abrogata sanctio canonica cap. 18. de praebend. III. 4. in Sext., qua non solum decernitur eum, qui beneficium, cui cura animarum immineat, vi occupet seu se scienter iniuste intrudat in eo, ipso iure fore privatum beneficio, quod cum cura simili primitus obtinebat, sed etiam cavetur ut violenti, qui auctoritate propria

(45) *Martin*, l. c. p. 103. sq.

(46) Cap. 18. X. de homicid. V. 12.; cap. 3. X. de sent. excom. V. 39.; cap. unic. de homicid. V. 4. in Clem.; Conc. Trid. Sess. XIV. cap. 7. de ref. cum causis relatis a *Richter* in ed. Conc. Trid. p. 92. sq.; Causae Selectae (S. C. C.) p. 116.-118.; *S. Thomas* et *Lugo* l. c.

(47) Cfr. L. 29. § 1. D. ad leg. Aquil. IX. 2.

(48) Cfr. L. 17. D. de vi XLIII. 16.; cap. 12. X. de restit. spoliat. II. 13.; quo capite cavetur, quod ingressus possessionem, ignorante domino ad quem pertinet, possit per ipsum dominum, statim cum sciverit, repellere etiam violentem, neque ex tali repulsione competat repulso contra dominum interdictum possessorium.

(49) *Zech*, De iud. eccl. I. tit. 15; *Vering*, Gesch. u. Pand. §§ 103. 214.; *Arndts-Serafini* l. c. § 330.

(50) *Walter*, Deutsche Rechtsgesch. § 571. sq.; *Vering* l. c. § 103.; *Gerber*, System. iur. germ. priv. § 68. Cfr. quoq. cap. unic. de iniur. et damn. dato V. 8. in Sext.; *Greg.* XVI., Regol. giud. § 521. sq.

occupare dignitates, personatus aut alia quaecumque ecclesiastica beneficia non vereantur, eo ipso ius, si quod in beneficiis taliter occupatis vel ad ea ipsis forsitan competat, amittant (51).

## TITULUS II. DE TRANSACTIONIBUS

(*Lib. I. tit. 36.*)

**32. Fontes:** Dig. II. 15. de transactionibus — Cod. II. 4. de transact. — Dist. 90. — Cpl. I. lib. I. tit. 27. de tr.; Cpl. II. lib. I. tit. 16. de tr.; Cpl. V. lib. I. tit. 20. de tr.; Decretal. Greg. IX. lib. I. tit. 36. de tr. (1).

**Scriptores:** Vet. comment. iur. rom. in h. t.; *Arndts-Serafini* l. c. § 269.; *Vering* l. c. § 219.; *Van Wetter* Cours élém. § 461. 462.; *Pierron* Des transactions en droit rom. et en droit français., 1860.; *Accarias*, Etude sur la transaction, Paris, 1863.; *Viardot*, De la transaction en droit rom. Paris, 1872.; *Neppi Modona*, La transazione in diritto romano. Bologna, 1889.; *Bertolini C.* Della transazione secondo il diritto romano, 1900. — Comment. iur. Decretalium in h. t. — *Devoti*, Instit. can. lib. III. tit. 18.; *Zech*, De iud. eccles. sect. I. tit. 9.; *Suarez*, De virt. et stat. relig. tract. III. lib. 4. cap. 51.; *Ferraris*, Biblioth. v. Transactio.; *Urceolus*, De transactionibus. — De reb. hist. cfr. infra n. 36. et *Ponsius* l. c. p. 82. — Act. S. Sed. vol. III. p. 529; IV. 276.; V. 413.; IX. 84.; XII. 528.; XIII. 439; XIX. 87. 243.

### Praenotiones.

**33. Connexio materiae.** Inter pacta, quibus controversiae finiuntur extra iudicium litesque praeveniuntur, principem locum occupat transactio. Quare licet pactis alia sedes materiae inter bona temporalia tom. III. merito est assignata, transactio, singularis illa species pactorum quae maxime spectat ad materiam iudicalem, accuratius est hoc loco examinanda.

**34. Definitio.** Transactio *sensu lato* est omnis actus, quo ab obligatione receditur et negotium quoddam inter certas personas componitur sive ob litem vitandam vel finiendam sive ob aliam causam. Quo sensu pactum liberale et gratuitum,

(51) *Passerinus* Comm. in libr. sextum Decr. ad cit. cap. 18.; *Maschat* Inst. can. vol. II. elench. 1. p. 8. Cfr. quoque cap. 42. X. de appell. II. 28. et regul. Cancell. Apost. 35. cum *Riganti* in eamd. reg.

(1) Cfr. quoque Cod. civ. del Reg. d'Ital. art. 1764.-1777.; Cod. di procedur. civ. del R. d'Ital. tit. prelim. cap. I. — Cod. civ. Gall. art. 2044.-2058. — Cod. civ. Austr. §§ 1380.-1390.



amicabilis compositio, imo etiam iusiurandum, nomine transactionis comprehenduntur (2).

In rubrica vero huius tituli praesertim *sensu stricto* intelligitur transactio, quae definiri potest: *Pactio onerosa* (3) *de re dubia et lite incerta neque finita, aliquo dato vel retento sive promisso* (4).

**35. Divisio.** Transactio dividitur: 1) in *realem*, quae ipsam rem afficit, de qua transigitur ideoque ad successores et haeredes transit, in *personalem*, quae fit de iuribus personalibus et vitam transigentis non excedit neque ad successores transit (5); 2) in *iuratum*, si iusiurandum addatur, et in *poenalem*, si fiat addicta poena conventionali (6); 3) in *universalem* sive de omnibus litibus motis vel forte movendis, in *generalem* i. e. de certa tantum specie controversiarum, in *specialem* de determinata quadam causa controversa.

**36. Notae historicae.** Cum S. Apostolus Paulus fideles prehenderit (7), quod controversias ad *infideles* iudices detulissent, praeter arbitrium boni viri vel Episcopi, ex natura rei primis christianis, ut lites ipsorum dirimerentur, confugiendum fuit ad amicabilem compositionem vel transactionem ex legibus romanis bene illis notam. At pronum fuit, quae

(2) L. 1. § 3. L. 35. D. de pactis II. 14.; L. 2. L. 31. D. de iureiur. XII. 2.; cap. 7. X. h. t.; *Arndts-Serafini* l. c. § 269.; *Forcellini*, Lexicon tot. latinit. ad v. Transactio, Transigere.

(3) Quare transactio est obligatorius contractus, non autem distractus, scilicet liberatorius, ut nonnulli eam dixerunt; quamvis nihil impediatur eam vocari distractum, ratione habita non formae sed finis seu effectus, quia litem distrahit.

(4) L. 1. D. h. t.; L. 38. Cod. h. t.; cap. 7. X. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 1. sq.; *Santi* h. t. n. 1. Quare, ut bene notat *Ricci*, Corso teor. prat. di diritto civ. IX. 107., duo sunt elementa, quae a quocunque alio contractu transactionem discernunt, scilicet dubium existens et aliquid hinc inde remissum. Hinc etiam non immerito reprehendunt nonnulli definitionem transactionis datam a Codice gallico art. 2044., scilicet transactio est contractus, quo partes aut controversiam exortam definiunt aut exoriendam praeveniunt. Potest enim dari talis contractus, qui non sit transactio, ut si duo timentes inter se vel inter suos haeredes futuram controversiam, nullo dato aut retento se obligant ad conservandum praesentem rei statum, vel actis litis iam exortae renuntiant. Est autem transactio per se contractus innominatus, facio ut facias, do ut facias, qui tamen accedente stipulatione transit in contractum nominatum.

(5) L. 7. § 8. D. de pactis II. 14.; cap. 5. 8. X. h. t.; Conc. Trid. Sess. VI. cap. 4. de ref.

(6) L. 41. Cod. h. t.; *Arndts-Serafini* l. c. §§ 33. 269.

(7) Cfr. I. Cor. VI. 1-7.

ad controversias privatas dirimendas sapienter in iure fuerunt constituta, ea etiam transferri ad controversias ordinis publici. Hinc orta sunt illa tentamina amicabili compositione sopiendi controversias in ecclesia Antiochena saeculo quarto inter Meletium et Paulinum exortas (8); probata est in Concilio Chalcedonensi (a. 451.) conventio inter Maximum, Antiochenum Patriarcham, et Iuvenalem Patriarcham Hierosolymitanum, de ambitu iurisdictionis (9), denique vel cum ipsis Donatistis in Ecclesia Africana initae sunt transactiones (10). Alia quamplurima exempla inde a Gregorio M. exhibent capita h. t. atque ex causis allatis in Act. S. Sed. patet etiam nostra aetate transactiones nondum a foro ecclesiastico recessisse.

### § 1. DE PERSONIS HABILIBUS AD TRANSIGENDUM

37. *Transigere possunt* omnes iique soli, qui res suas aut alienas administrandi atque alienandi liberam habent potestatem; nam transactio est *species alienationis* (11).

38. *Inhabiles sunt ad transigendum* :

I. *Ex iure naturali* quicumque ex natura rei incapaces sunt ad consensum suum dandum et manifestandum in contractibus, velut infantes, furiosi aliique, qui usu rationis habitualiter carent (12).

II. *Ex iure canonico*

1) Episcopi atque alii Praelati inferiores, rectores ecclesiarum et monasteriorum aliique administratores bonorum ecclesiasticorum de rebus Ecclesiae, nisi ex iusta causa et servatis solemnitatibus ad alienationem ex disciplina nunc vigenti requisitis. Sane ex iure Decretalium transactio Episcopo vel Praelato monasterii non fuit interdicta, si facta fuerat cum consensu proprii capituli vel conventus (13), neque aliis inferioribus personis et beneficiatis ecclesiasticis, si

(8) Cfr. *Hefele*, Conciliengesch. tom. II. p. 7. ed. II.

(9) *Hefele* l. c. p. 477.

(10) Cfr. c. 12. Conc. Carthag. I. (345.-48.) = cap. 1. X. de pactis I. 35.; *Hefele* l. c. tom. I. p. 633.

(11) Cap. 4. de procuratoribus I. 19. in Sext.; L. 21. Cod. mandati IV. 35.

(12) L. 1. § 3. D. de pactis II. 14.; *Schmalzgr.* l. c. lib. I. tit. 35. n. 8.

(13) Cfr. c. 52. (Leo I.) C. XII, q. 2.; cap. 1. 2. 3. 8. X. de his quae fiunt III. 10.; cap. 8. X. de reb. eccl. alien. vel non III. 13.; cap. 3. X. h. t.

ad consensum capituli illius ecclesiae accessit assensus Episcopi vel Archiepiscopi in forma legitima datus (14). At nunc standum est Pauli II. Const. "*Ambitiosae* „ 1. Mart. 1467. in cap. unic. de reb. eccl. alien. III. 4. in Extravg. com., secundum quam ad alienationem rerum ecclesiasticarum immobilium et mobilium magni valoris, requiritur beneplacitum Rom. Pontificis (15).

Transactiones si a praelatis ecclesiasticis aliisque beneficiatis fiant servatis solemnitatibus a iure praescriptis, trans-eunt ad successores eosdemque obligatos tenent; sunt enim pactiones perpetuae et reales (16). Quae solemnitates si omis-sae fuerint, ecclesia vel beneficium ab omni obligatione libe-rantur; at nihil obstat, quominus rector beneficii vel eccle-siae obligetur personaliter, quamdiu ecclesiam vel beneficium retinet (17).

2) *Religiosi* sine consensu sui Praelati (18), dummodo aga-tur de rebus, in quibus praelatus regularis consensum dare possit aut consensus alius etiam ad validam vel saltem lici-tam pactionem vel transactionem requiratur (19).

3) *Procuratores* sive principis sive alterius personae cum generali mandato constituti, nisi habeant mandatum speciale vel causae administratio libera sit concessa vel nisi in rem suam dati sint (20).

### III. *Ex iure civili*:

1) *Pupilli* sine auctoritate tutoris et minores sine auctoritate curatoris, si quem habent, et transactione ipsorum conditio non facta sit melior (21), quia liberam suarum rerum admini-strationem non habent. *Minores*, qui curatore carent, transi-

(14) Cap. 2. 5. X. h. t.; *Pirhing* h. t. n. 13.; *Schmalzgr.* l. c. lib. III. tit. 13. n. 78. sq.

(15) Cfr. quoque c. 53 (Terrulas, Conc. Agath. 506.; c. 45.) C. XII. q. 2.; comment in lib. III. tit. 13. de rebus eccles. alien.; *Trombetta*, Praxeos regu-lae circ. contract. rer. ecclesiast. rite ineund. (Romae, 1865.).

(16) Cfr. Act. S. Sed. vol. XIX, p. 87.

(17) Cap. 5. 8. X. h. t.; *Pirhing* h. t. n. 15. sq.

(18) c. 11. C. XII. q. 2.; cap. 2. de testam. III. 11. in Sext.

(19) *Schmalzgr.* l. c. lib. I. tit. 35. n. 9.; *Lugo*, Responsa moralia lib. IV. dub. 5. 6.

(20) Cap. 4. de procur. I. 19. in Sext.; L. 13. D. h. t.; L. 58. L. 60. L. 63. D. de procurat. III. 3.; L. 17. § 3. D. de iureiur. XII. 2.

(21) L. 5. D. de auct. et cons. tut. XXVI. 8.; *Schulte*. Eheprocess § 6. p. 19. 20.

gere non prohibentur, sed probata laesione petere possunt restitutionem in integrum (22).

2) *Tutores pupillorum et curatores minorum sine decreto iudicis de bonis pupillorum vel minorum immobilibus vel mobilibus pretiosis quae servando servari possunt* (23); etenim sine interpositione decreti iudicis alienare prohibentur.

3) *Pater de bonis castrensibus aut quasi castrensibus et etiam de adventitiis, saltem irregularibus, filii absque consensu illius* (24).

## § 2. DE OBIECTO TRANSACTIONIS

39. *Transactio est permissa de omnibus rebus iisque solis, quae vere dubiae* (25) *sunt ob litem motam nec finitam vel movendam* (26), *sive ob aliam causam sunt incertae quoad existentiam, ambitum, executionem iuris, v. g. si spes fidei-commissi conditionalis pro modica portione praesente remittatur* (27), *ut recte tenet Zech l. c. h. t. § 108. contra Pirhing h. t. n. 3. et Schmalzgr. h. t. n. 12.* (28); *nisi agatur de casibus a iure prohibitis* (29).

40. *Prohibita est transactio:*

I. *Ipso iure naturae de re certa, ita ut aliter facta in foro interno et externo tum canonico tum civili sit nulla et irrita, quoniam nemo rem sine titulo acquirere vel retinere potest* (30).

(22) Cod. si adversus transactionem II. 31. (32).

(23) L. 4. Cod. de praediis et al. reb. minor. V. 71.; L. 22. Cod. de administ. tutor. V. 37.

(24) L. 10. D. h. t.; L. 8. § 3. Cod. de bonis, quae liberis VI. 61.; *Arndts-Serafini* l. c. § 430. sq.

(25) Dubium nihil habet obiectivi, sed est exclusive aliquid subiectivum; refertur enim ad statum mentis. Hinc fundamentum transactionis non est reponendum in dubio abstracte sumpto, sed in dubio prout existit in animo transigentium. Et haec animadversio non pauca explicat, quae de vi et effectibus transactionis dicenda sunt.

(26) L. 65. § 1. D. de cond. indeb. XII. 6.; L. 2. L. 12. Cod. h. t.; L. 1. D. h. t.

(27) L. 1. Cod. de pactis II. 3.; L. 2. Cod. h. t.; L. 8. D. h. t. v. g. § 23.

(28) Cfr. quoque *Arndts-Serafini* § 269.

(29) Cfr. cap. 11. X. h. t.; *Hostiens.*, Summa h. t. n. 3.; *Schmalzgr.* h. t. n. 7. Confer de decimis atque de compensationibus et transactionibus circa decimas Conc. Trid. Sess. XXV. cap. 12. de ref. et decreta S. C. C. in ed. Richter Conc. Trid. p. 460.

(30) L. 12. L. 19. Cod. h. t.; L. 65. D. de cond. XII. 6.; Acta S. Sedis XIX. p. 85. 87.; *Schmalzgr.* l. c.

## II. *Iure divino et canonico:*

1) De rebus *spiritualibus*, aut quae iisdem sunt adnexae, si fiat data vel retenta vel promissa re temporali; esset enim pactio simoniaca. Quare vera transactio onerosa, interveniente re temporali, fieri nequit: de iure percipiendi decimas (31); de iure *praesentandi* ad beneficia ecclesiastica sive de iure patronatus (32); de *spirituali subiectione* alicui debita (33); de *beneficio* ecclesiastico litigioso, licet iuramentum intercedat; at *amicabilis compositio* non excluditur (34).

2) De matrimonio rato vel consummato nec transactio nec amicabile compositio sunt permissae, si tendant ad dissolvendum vinculum matrimonii (35); vitae quoque coniugalibus consortium pariter solvi tantum potest per amicabilem compositionem in casibus a iure permissis et servata forma a legibus ecclesiasticis praescripta (36). *Sponsalia* vero de futuro, quae inter puberes celebrantur (37), cum mutuo consensu dissolvi possint (38), transactionem non respuunt, si sint dubia (39).

3) De *solemni professione religiosa* per transactionem dissolvenda vel convalidanda, si nulla sit vel dubia, iudicandum est secundum analogiam iuris constituti de vinculo matrimonii (40).

## III. *Iure civili* (romano), transactio interdicitur:

1) De *sententia iudiciali*, quae transit in *rem iudicatam* (41); nam sententia iudicialis postquam transit in rem iudicatam, saltem ex iuris praesumptione, rem facit certam inter partes (42), et procul abest omnis metus litis redintegrandae (43).

(31) Cap. 9. X. de rer. perm. III. 19.; cap. 2. X. h. t.

(32) Cfr. cap. 9. X. h. t.

(33) Cfr. cap. 10. X. h. t.

(34) Cap. 7. X. h. t.

(35) Cap. 11. X. h. t.; Instruct. Card. Rauscher §§ 200. 205. 241.; Conc. plen. Baltimor. III. (1884.) n. 304.

(36) Cap. cit. et text. cit.; *Schmalzgr.* l. c. lib. IV. tit. 19. de divortiiis n. 137.

(37) Cfr. de sponsalibus impuberum cap. 7. X. de despons. imp. IV. 2.; R. l. 84. in Sext.

(38) Cfr. R. l. 1. in Decret. Greg. IX.; cap. 2. X. IV. 1.

(39) Cfr. Instr. Card. Rauscher §§ 4. 244.

(40) Cfr. Conc. Trid. Sess. XXV. cap. 19. de reg.; Benedicti XIV. Const. "*Si datam*" 4. Mart. 1748.

(41) L. 23. § 1. D. de cond. indeb. XII. 6.; L. 32. Cod. h. t.

(42) L. 207. D. de reg. iur. L. 17.

(43) L. 2. L. 32. Cod. h. t.



At si negetur iudicatum esse, vel ignoretur an iudicatum sit, cum adhuc lis subesse possit, transactio fieri potest (44); multoque magis ius quaesitum ex re iudicata perimitur, si Aquiliana stipulatio et acceptilatio (45) vel alia gratuita pactio super re iudicata subsecuta est (46).

2) De *haereditate viventis* iuxta L. 4. Cod. de postlim. VIII. 50. (51.); nam de haereditate viventis etiam pacta fuerunt ex iure romano interdicta. Quod ius romanum, cum in foro ecclesiastico atque etiam civili multarum regionum non plane sit receptum (47), idem de transactionibus est tenendum.

3) De iis controversiis, quae ex *testamentis* vel *codicillis* proficiscuntur, neque transigi neque exquiri veritas aliter potest quam inspectis cognitisque (48) verbis testamenti vel codicilli (49).

41. De *alimentis futuris* (non super praeteritis) testamento, codicillo vel etiam donatione mortis causa relictis transactio aliter rata non est, nisi interveniat iudicis auctoritas, facta cognitione de causa transactionis, dein de modo, denique de personis transigentium (50).

Etiam super *statu personae*, quum haec questio non individui tantum sed societatis ipsius intersit, transigi nequit; at super *iuribus pecuniariis* ex statu personae dependentibus transactio est permessa. Ceterum haec patent, quia nemo potest transigere, ut dictum est, nisi qui habeat liberam potestatem administrandi et alienandi res suas. Quare in omnibus, quae ab aliquo alienari non possunt, prohibita est ex ipsa natura rei transactio.

42. Iure romano transigere vel pacisci *de crimine capitali*, excepto adulterio, prohibitum non fuit. In aliis autem publicis

(44) L. 11. D. h. t.

(45) Cfr. L. 32. Cod. h. t.

(46) *Devoti*, Ius can. h. t. §. 3.

(47) Cfr. lib. III. tit. de pactis § 4.

(48) Neque enim requiritur essentialiter ut testamentum ipsum materialiter fuerit inspectum; secus de relictis in testamento non scripto nunquam posset fieri transactio.

(49) L. 6. D. h. t.; L. 1. § 1. D. testam. quemadm. aper. XXIX. 3. Transactio enim quae fiat non inspectis seu non cognitis verbis testamenti, in iure habetur ut captiosa.

(50) L. 7. § 2. L. 8. D. h. t.; L. 8. Cod. h. t.; *Schmalzgr. h. t. n. 8. Arndts-Serafini l. c. § 269*. Quod quidem procedit de transactione, per quam conditio alimentarii fit deterior; si enim melior fieret, permessa esset transactio. L. 8. D. h. t. § 6.

criminibus, quae sanguinis poenam non inferebant, transigere non licuit citra falsi accusationem (51). Quae iuris romani sanctiones quoad substantiam non iam sunt practicae utilitatis. Et sane ex legibus civilibus nostra aetate passim admittitur transactio quoad actiones civiles (52), quae ex delicto commisso oriuntur (53), non vero quoad actiones criminales, in quibus proceditur ad vindictam criminis sive capitalis sive alterius speciei, nisi forte actio criminalis pendeat a sola accusatione illius qui delicto commisso fuerat offensus; imo etiam in hoc casu excepto transactio merito reprobat, si omnibus consideratis circumstantiis negotium quoddam turpe existat (54). Praeterea ut plurimum nunc in foro civili procurator fiscalis obtinet locum accusatoris atque adeo in causis criminalibus non raro ius exclusivum habet accusationis. Qui cum in poenam talionis non amplius incidat, iam de facto nullam habet rationem transigendi cum reis, imo a iure repellitur a transactionibus, quoniam *officium* ipsi incumbit persequendi crimina, condonare vero poenas crimini inflictas solius principis est (55). In foro quoque ecclesiastico procul dubio permissa est transactio de actione civili orta ex damno illato propter crimen commissum, ita tamen ut actio criminalis per promotorem iustitiae, vel propter denuntiationem procedura ex officio per iudicem ecclesiasticum non excludantur. Porro transactio fieri nequit cum promotoribus iustitiae curiarum ecclesiasticarum, quoniam illi quoque ex officio crimina persequuntur (56), licet exclusivo iure accusationis non sint praediti (57). Denique transactio de accusatione vel denuntiatione privata omnino est interdicta, si ipsa lege ecclesiastica vel ex natura rei saltem denuntiatio est *praescripta*, veluti sacerdotis sollicitantis, vel coryphaeorum ac

(51) L. 18. Cod. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 9.

(52) Sicuti legibus antiquis reus per transactionem cum uno accusatore non fuit liberatus ab accusatione forte per alium vel ab inquisitione per iudicem ex officio vel post denuntiationem instituenda, cap. 24, X. de accusat. V. 1. *Leuren*, Forum ecclesiast. h. t. q. 970.; *Pirhing* h. t. n. 32.; ita nostra aetate per transactionem de actione civili inter partes promotor iustitiae non impeditur ab actione criminali. Cfr. Cod. civ. del Regno d' Italia art. 1766.

(53) Cfr. Cod. civ. Galliae art. 2046.

(54) Cfr. Cod. civ. Austr. § 1384.

(55) *De Angelis* h. t. n. 3.; *Grandclaude* h. t. 8. III.

(56) Instr. S. C. EE. et RR. 11. Iun. 1880. art. 3.; *Drosle*, Kirchl. Disziplinar- u. Criminalverf. p. 48.

(57) *Bouix*, De iudic. eccl. tom. I. p. 475.

ducum sectae massonicae (58). Quae veteres canonistae disputarunt de transactione in foro ecclesiastico ad tramites iuris civilis in causa capitali (vel falsi), quam, contra Glosam, *Hostiensem* Summa h. t. n. 3., *Goffredum de Trano* h. t. n. 3., permissam esse existimarunt *Reiffenstuel* h. t. n. 35. alique sine sufficientibus rationibus, nostra aetate nullius sunt practici momenti.

### § 3. DE FORMA, TEMPORE, MODO TRANSACTIONIS

43. Cum *forma* pactorum pendeat a contrahentium voluntate iuxta reg. iur. 85. in Sext., exceptis iis, quae a natura vel legibus sunt definita, et quoad formam accidentalem sive externam in iure canonico nihil reperiatur praescriptum, dummodo verbis vel signis vel factis concludentibus sufficienter exprimatur mutuus consensus, transactio fieri potest scripto aut non interveniente scriptura (59), in iudicio aut extra illud, pure vel conditionate (60), poena conventionali apposita aut cum clausula *Rato manente pacto*, cum iuramento aut sine iuramento (61).

44. *Tempus* faciendae transactionis utile saltem in causa civili sive litigiosa est tum ante litem tum in quacumque litis parte, dummodo sententia lata nondum transierit in rem iudicatam (62). Nam antequam sententia transiit in rem iudicatam res censetur dubia et lis incerta v. g. si per appellationem

(58) Pii IX. Const. « *Apostolicae Sedis* »; Instr. Prag. 1869. §§ 57. 59.; *Santi* h. t. n. 12.

(59) Cfr. L. 28. Cod. h. t.

(60) Cfr. L. 9. l. c.

(61) Cap. 1. X. h. t.; *Devoti*, Ius canonic. h. t. §5.; *Vering*, Gesch. u. Pand. § 195. — Cod. civ. Gall. art. 2044.; Cod. civ. Ital. art. 1767.; Cod. proc. civ. Ital. art. 3. 4. 5. 6. 7. Cfr. de forma substantiali transactionis *Schmalzgr.* h. t. n. 12. Attamen quum nostra aetate sive de facto, sive ex tolerantia aut etiam expressa concessione Ecclesiae, causae mere civiles, etiam quando agitur de causis, stricto iure canonico, cognitioni iudicis ecclesiastici reservatis, cognoscantur a iudice laico, necesse est ad evitanda futura damna sive transigentium sive Ecclesiae, ut transactio fiat servata forma a iure civili in loco vigente praescripta. Generatim autem Codices recentiores ad validitatem transactionis scripturam exigunt, exceptis tantum transactionibus commercialibus, de quibus tamen nulla erit occasio in re nostra. Quare sine scriptura generatim nulla deberet fieri transactio, ne inter duos clericos quidem, ratione nempe haeredum futurorum. Cfr. *Wernz*, Ius Decretalium, tom. III. n. 152. — Ex dictis patet etiam a longiori tractatione de forma transactionis nobis esse abstinendum.

(62) Cfr. supra h. t. § 2. et L. 32. Cod. h. t.

suspendatur definitiva sententia (63). Quod si agatur de causa civili, actor vel reus, qui causam obtinuit, potest procul dubio iuri suo, de quo plenam habet disponendi facultatem, liberaliter renunciare (64); et in causa criminali saltem post sententiam latam transactio inter reum et actorem de crimine nullius est momenti; nam poena, postquam crimini est inlicita, solummodo auctoritate publica condonari potest (65).

45. Transactio *libere* fiat necesse est, atque immunis sit oportet ab omni coactione etiam ordinarie ex parte iudicis (66). Nemo enim invitus debet cedere iuri suo aut inire pactum, atque iudex tollere iura nequit (67). At iudex etiam ecclesiasticus partibus *suadere* potest, imo non raro debet, praesertim in causis quibusdam matrimonialibus (68) aliisque causis arduis et cum magnis sumptibus protrahendis (69), ut partes litigantes per amicabilem compositionem controversiam dirimant (70), vel si materia capax sit, etiam per veram transactionem; sed stricto iure propter contrariam iuris dispositionem in cit. Nov. 124. ad transactionem *cogere* non valet, nisi partium iura post discussionem litis intricatae apparent aequalia, ut iudex aut invitis partibus ad divisionem rei controversae, quatenus divisibilis est, possit procedere, aut ratam habere valeat transactionem a partibus litigantibus initam, utique non plane libere, sed ad vitandam divisionem iudiciale. Huc spectat transactio coacta in concursu creditorum. Praeterea iudex supremus, qui liberam habet facultatem disponendi de re controversa, velut R. Pontifex (71) de benefi-

(63) Cfr. cit. L. 32.

(64) *Devoti* Ius can. h. t. § 3.

(65) *Lessius*, De iust. et iur. lib. II. cap. 30. dub. 3.; *Droste*, Kirchl. Disciplinar- u. Criminalverf. p. 151. sq. de abolitione; *Durantis*, Speculum, P. III. part. I. de abolitione et purg.

(66) Novell. 124. cap. 4.

(67) L. II. Cod. de contrahent. empt. IV. 38.

(68) Instr. Card. Rauscher §§ 107. 111. 211. 88. 133. 139. 192.

(69) Cap. 11. X. h. t.; cap. 1. X. de mut. pet. II. 4.

(70) *Lehmkuhl*, Th. mor. I. 808. videtur admittere iudicem compositionem amicabilem *vel divisionem* suadere posse; sed addit: - Id tamen *per sententiam* fieri nemo iurisperitorum admiserit „ Quae verba, si ad amicabilem compositionem referantur, verissima sunt; at *de divisione* non videntur esse aequae fundata.

(71) Maxime in R. Pontifice etiam illa potestas est attendenda, quod omnia inquisitione et sententia iudiciali causam quandam definire possit ex plenitudine potestatis per provisionem quandam legalem velut in causa Templariorum.

cio litigioso, pariter optione proposita potest cogere litigatores ad transactionem aut sibi reservare aliam provisionem (72). Quodsi ex ipsa litis discussione et continuatione timeantur pericula animarum et perturbationes, in causis criminalibus praesto est remedium abolitionis (73); in causis vero civilibus seu contentiosis, si ex consensu partium pertractantur coram S. Congregationibus Urbis, procedi poterit oeconomice sive iuris ordine non servato (74).

#### § 4. DE EFFECTIBUS ET EXTENSIONE TRANSACTIONIS

46. Transactionis *effectus* principalis est, ut finem imponat dubiis atque incertis litibus motis et movendas lites impediatur (75). Nam transactio aequiparatur sententiae iudiciali et habet vim rei iudicatae (76). Quare in specie transactio :

I. Si legitime facta sit, revocari ab una parte nequit aut rescindi a iudice, altera transigentium parte invita (77).

II. Nec impugnari potest per rescriptum principis (78) nec sub praetextu novi instrumenti reperti post transactionem *utrimque* bona fide peractam (79).

III. Imo omnia instrumenta et alia partium iura, si fraus et dolus non intercesserint (80), post initam transactionem omni virtute carent, et sola transactionis pagina perfectum robur obtinet (81), quia pacta novissima tollunt pacta priora (82).

(72) *Pirhing* l. c. lib. I. tit. 35. n. 20.; *Schmalzgr.* l. c. lib. I. tit. 34. n. 18. 19. et h. t. n. 14.

(73) Instr. S. C. EE. et RR. 11. Iun. 1880. art. 1. 2. 3.; Instr. Prag. 1869. § 54.; *Droste* l. c. p. 15. sq.

(74) *Bouix*, De curia romana p. 176. sq.; *Lugo*, De iust. et iure disp. 37. sect. 15. n. 197.

(75) Cap. I. X. h. t.; L. 10. Cod. h. t.

(76) L. 20. Cod. h. t. Attamen nota rem iudicatam et transactionem non in omnibus convenire. Id autem ex eo quoque solum patet, quod transactio contractus est, non autem res iudicata et quod haec non possit de nullitate impugnari, transactio autem possit. Quare transactio rei iudicatae non aequiparatur, nisi restrictive ad punctum controversiae, super quo transactum est, ita ut utraque pariter impediatur ne quaestio semel decisa iterum in controversiam possit adduci.

(77) L. 5. Cod. h. t.

(78) L. 16. Cod. h. t.

(79) L. 19. L. 29. L. 42. Cod. h. t.; et *Zech* l. c. § 114.; cap. 1. h. t.

(80) L. 42. Cod. h. t.

(81) Cap. 1. X. h. t.

(82) L. 5. Cod. h. t.; L. 12. Cod. de pactis II. 3.



Et quamvis res adhuc integra sit et ex neutra parte transactio executioni mandata, tamen altera parte invita non licet a transactione resilire, secus litium finis non esset futurus (83).

IV. Ex antiquo iure romano, si nudo pacto et sine rei traditione vel stipulatione Aquiliana (84) celebratur transactio, civilem actionem non parit (85), quia ex pacto nudo leges romanae non concedunt actionem, attamen dat exceptionem litis finitae (86), quae proponi potest et ante litis contestationem et post illam; si vero rei traditione vel stipulatione firmata sit, parit actionem civilem. At quoniam ex iure canonico et moderno iure civili etiam pactis, quae iure romano habebantur nuda, actio conceditur, recte notat *Devoti*, Ius can. h. t. § 5.: “ Canones non laborant de ista nimis attenuata diligentia iuris civilis et Aquiliana etiam stipulatione neglecta obligationes quoquo modo contractas transactione omnino perimi ac deleri volunt „ (87).

V. Qui fuit in causa quadam principali advocatus cuiusdam, licet alias in eadem causa testis pro eo esse non possit (88), tamen si controversia per transactionem componatur, testis transactionis esse non prohibetur, et quicumque auctor, mediator, suasor transactionis exstitit, postea illam tanquam iniustam et irritam impugnare non potest, quod propriam turpitudinem allegaret (89).

47. Transactio specialis de una quadam re determinata, cum sit stricti iuris, nequit extendi ad alias res non comprehensas, et de quibus tempore transactionis ne cogitatum quidem fuit, nisi sint connexae et accessoriae (90). Si vero sit generalis vel indefinita v. g. super tota haereditate, extenditur ad omnia particularia sub illo genere contenta, etiamsi in specie non sint cognita (91), nisi agatur de rebus a iure exceptis, v. g. si dolo unius ex transigentibus res mansissent incognitae et occultae (92), aut quae salva proprietate verborum in ge-

(83) L. 39. Cod. h. t.

(84) L. 2. L. 15. D. h. t., L. 15. Cod. h. t.

(85) L. 28. Cod. h. t.

(86) L. 15. L. 17. Cod. h. t.; cap. 1. de litis contest. II. 3. in Sext.

(87) Cfr. *Pirhing* h. t. n. 42.; *Schmalzgr.* h. t. n. 15.

(88) L. 25. D. de test. XXII. 5.

(89) Cap. 6. X. h. t.; *Pirhing* h. t. n. 43. 44.

(90) L. 27. § 4. D. de pact. II. 14.; Cod. civ. Ital. art. 1768. 1769.

(91) L. 35. D. de pact.; L. 29. 31. Cod. h. t.

(92) L. 9. § 2. D. h. t.

nerali transactione non continentur, aut de quibus in praecedenti tractatu omnino actum non est (93).

**Scholion.** Controversia existit inter canonistas (94), num maior implorare possit rescissionem transactionis utrimque bona fide initae, si ultra dimidium laesus sit. Qua in re certum est, rescissionem implorari non posse, si laesio sit infra dimidium, quia in tali casu ne venditio quidem rescindi potest (95). Neque in dubium vocatur a viris doctis, quin transactio etiam iurata rescindi possit saltem in foro ecclesiastico, si laesio sit enormissima sive ultra binas tertias partes. Quare omnis controversia reducitur ad casum laesionis enormis sive ultra dimidium. Qua in controversia praeferenda videtur illorum canonistarum sententia, qui laesionem ultra dimidium legitimam esse causam rescissionis omnino negant (96).

### § 5. DE RESCISSIONE TRANSACTIONIS

48. Rescissio transactionis, qua, si valide facta sit, omnia iura et documenta in pristinum statum restituuntur, fieri potest:

- 1) Per mutuum transigentium consensum (97).
- 2) Propter metum gravem iniuste incussum (98).
- 3) Si dolo, v.g. falsis instrumentis, extorta sit transactio (99).
- 4) Si inita sit propter falsa instrumenta etiam bona fide utrimque prolata, quoniam consensus deest ad rem dubiam

(93) L. 9. § 1. D. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 7.; *Pirking* h. t. n. 37.

(94) Cfr. *Devoti* l. c. h. t. § 6.; *Schmalzgr.* h. t. n. 18. sq.; *Santi* h. t. n. 17.; *De Angelis* h. t. n. 4.

(95) Cap. 3. 6. X. de empt. et vend. III. 17.

(96) Cfr. *Schmalzgr.* l. c.; *Zech* l. c. § 112. Praeter transactionem lis potest aut absolute praeverti aut iam inchoata finiri, antequam sententia definitiva pronuntiatur, per *renuntiationem* (cfr. L. 20. § 1. D. L. 30. D. de minor. IV. 4.; L. 4. Cod. de pactis II. 3.) causae vel liti etiam per procuratorem factam, si mandato speciali munitus sit aut libera bonorum vel causae administratio eidem sit concessa. Cfr. cap. 4 de procurat. I. 19. in Sext. De usu renuntiationis in causis matrimonialibus cfr. Instr. Card. Rauscher §§ 207. 211. 133. 139. 192. 143. 217.; *Schulle*, Eheprocess. § 6. p. 20. 21. In causis mere civilibus: *Renaud* l. c. §§ 1. 75.; *Wetzell* l. c. § 46. not. 4. 6. Multoque magis lites praeveniuntur et finiuntur, si partes, quae litigant vel litigare possent, in una eademque persona coalescunt. Cfr. L. 11. D. de iudic. V. 1.

(97) Cfr. R. I. 1. in Decret. Greg. IX.; L. 14. Cod. h. t.

(98) L. 13. Cod. h. t.

(99) L. 19. L. 42. Cod. h. t.; L. 5. Cod. de dolo malo II. 21.

per transactionem decidendam; etenim quod falsum est, rem dubiam facere nequit, et partes transigentes hac tacita conditione consentire videntur: Si instrumenta prolata rem faciant dubiam (100).

5) Si error substantialis intervenerit (101), quia error substantialis tollit consensum, itemque error calculi vitiat transactionem, nisi ea quoque de re nominatim transactum sit (102).

6) Si transactio facta sit de bonis pupilli, minoris vel alterius (v. g. ecclesiae), qui beneficio restitutionis in integrum gaudet et is transactione laesus sit (103).

7) Denique si una pars non observet transactionem, partis laesae est aut iudicis officio implorato urgere executionem transactionis aut pro iure suo a transactione recedere.

### TITULUS III.

#### DE ARBITRIS

(*Lib. I. tit. 43.*)

**49. Fontes :** Dig. IV. 8. de receptis qui arbitr. receper. — Cod. II. 56. de receptis arbitris. (1) — c. 34. C. II. q. 6.; c. 1. 2. C. III. q. 7.; c. 35.-39. C. XI. q. 1. — Cpl. I. lib. I. tit. 34. de arb.; Cpl. II. lib. I. tit. 20.; Cpl. III. lib. I. tit. 25.; Cpl. IV. lib. I. tit. 18.; Cpl. V. lib. I. tit. 24. de arb. — Decret. Gregor. IX. lib. I. tit. 43. de arb.; cap. 14. X. de rescript. I. 3.; cap. 10. i. f. X. de for. comp. II. 2.; cap. 41. § 1.; cap. 61. X. de appell. II. 28.; cap. 39. X. de off. et p. iud. d. I. 29. — Decretal. Bonif. VIII. lib. I. tit. 21. de arb.; cap. 4. 11. de off. et pot. iud. del. I. 14. in Sext. — Conc. Trid. Sess. XIV. cap. 5. de ref. (2).

**Scriptores :** Veteres comment. iur. rom. in h. t.; *Arndts-Serafini* l. c.

(100) L. 42. Cod. h. t.; Cod. civ. ital. art. 1775.

(101) L. 15. D. de iurisd. II. 1.

(102) L. unic. Cod. de error. calc. II. 5. Iuribus recentioribus (Cod. It. a. 1772.; Cod. Gall. a. 2058.) error calculi non vitiat transactionem, et quamvis error calculi corrigendus sit, transactio tamen valet; error autem calculi accipiendus est error in computationibus arithmeticeis, non autem error in ipsa rerum existimatione.

(103) L. 1. L. 2. Cod. si advers. transact. II. 32.

(1) Cfr. quoque Greg. XVI., Regolamento legislativo e giudiz. §§ 1746.-1783. Degli arbitri; Cod. di procedura civ. del R. d' It. tit. praelim. cap. 1. della conciliazione; cap. 2. del compromesso; Cod. civ. It. art. 1742.; Cod. proc. civ. Gall. art. 1003-1028.; Cod. civ. Gall. art. 1989.; Cod. proc. civ. Germ. C. P. O. §§ 851.-872.; Cod. civ. Austr. §§ 1008.-1391.

(2) Cfr. Instr. Card. Rauscher § 244. et eiusd. Card. epist. ad Card. Haulik d. 5. Febr. 1867.; *Schulte*, Eheprocess p. 299.

§ 270.; *Vering*, *Gesch. u. Pand.* § 107. sq. (3); *Comment cit. iur. Decretal.* in h. t. — *Devoti*, *Inst. can. lib. III. tit. 17. de arbitris*; *Zech* l. c. tit. 11. de arbitris; *Durantis*, *Speculum iudiciale lib. I. part. 1. de arbitr.*; *Tancredus*, *Ordo iudic. Part. 1. tit. 3.*; *Petrus Iacobi* (scr. 1311.-1329.), *De arbitris et arbitratoribus*, Venet. 1491.; *Lanfrancus de Oriano*, *Tract. de arbitris*, Pisciae 1486.; *Ioannes B. de S. Blasio*, *De arbitro et arbitratore*, Venetiis, 1481.; *Mongaloy*, *Traité de l'arbitrage en matière civile et commerciale*, Brux. 1877.; *Rivatta V.* I giudizi di arbitri. Saggio di legislazione e giurisprudenza antica e moderna, Bologna, 1885.; *Amar M.*, *Dei giudizi arbitrali*, Torino, 1868; *Hergenröther-Hollweck*, *Lehrb. des kath. KR.* n. 658.; *Ferraris*, *Biblioth. v. Arbitr.* — *Disquis. histor. habent: Vering* l. c. et idem auct. in suis *Inst. iur. eccles.* § 180.; *Thomassinus*, *Vet et nov. Eccles. discipl. P. II. lib. 3. cap. 101. sq.*; *Ponsius* loc. cit. p. 80. — *Acta S. Sed.* vol. VII. p. 393. sq.; XIII. p. 104. sq. (4).

### Praenotiones.

**50. Connexio materiae.** Si quis vi publica vel privata sua iura vindicat, inter varia media vitandi interventionem iudicis illud eligit, quod proprio arbitrio maximam relinquit libertatem et longissime alienum est a iudiciali inquisitione. Quod arbitrium privatum, si pactis sopiantur controversiae, licet pariter interventio publicae auctoritatis excludatur, tamen propter dependentiam a consensu alterius, magis limitatur. Transactio vero, quae formaliter quidem pactio est, praesertim ex iuris romani sanctionibus iam sub multiplici respectu sententiae iudiciali equiparatur. Tandem explicandum est ultimum medium declinandi forum iudicum, quod pacta quidem supponit, at illis suppositis forma procedendi et controversiam decidendi proxime accedit ad verum et proprium iudicium i. e. arbitri adiri possunt, quibus ex compromisso partium et recepto arbitrio cognitio et definitio causae committatur (5).

(3) De arbitrio (arbitrage), mediatione (médiation), bonis officiis (bons offices) in controversiis diversarum nationum consulendi sunt scriptores de iure internationali. Longum illorum scriptorum et veterum et recentiorum catalogum exhibet *Holtzendorff*, *Encyklop. der Rechtswissenschaft (scientiae iuridicae)* 1882. p. 1190. sq. et praesertim p. 1200. 1201. recentiores auctores commemorat velut *Phillimore*, *Weaton*, *Casanova*, *Rayneval*, *Heffter*, *Calvo*, *Alcorta*, *Sanchez* aliosque.

(4) Cum procedura eorum arbitris magnam habet similitudinem procedura, quae dicitur oeconomica. Cfr. *Gregor. XVI.*, *Regol. leg.* § 1709. sq. *Della procedura economica.*

(5) *S. Raymundus* eundem fere sequitur ordinem ac iuris civilis scriptores, id est posteaquam egit de iudicibus, ad eos progreditur, qui illorum vices agunt.

**51. Definitio.** Arbitr, qui a iure romano non raro dicitur iudex a praetore datus (6) vel aequus aestimator (7), sensu stricto est persona idonea a ligatoribus sive ex legis imperio sive libera voluntate per compromissum et receptum constituta, quae rem controversam instar iudicis cognoscat et definiat per sententiam sive laudum, cui partes stare debent (8). Non-

(6) L. 19. § 1. D. communi dividundo X. 3.; *Devoti*, Ius can. h. t. § 2.; *Vering*, G. u. P. § 107.; *Keller* l. c. §§ 7.-10. Arbitr a iudice in multis differt, et praesertim, ut adnotat *Schmalzgr.* h. t. n. 2.: 1<sup>o</sup> quoad *constitutionem*. Nam iudex publica auctoritate constituitur, arbitr privata partium conventionem; ille *invis* dari potest et *invis*, is nonnisi *volentibus* et *volens*. Cfr. c. 61. X. de appell. II. 28. et l. 3. § 1. D. h. t. — 2<sup>o</sup> Quoad *potestatem*. Nam arbitria sunt stricti iuris et arbitri fines compromissi strictè observare debent (leg. 32. 46. h. t. D.); at iudicis potestas, praesertim si sit ordinarius, amplior est; omnia enim potest, quae in causis ad forum eius spectantibus non sunt expresse excepta. — 3<sup>o</sup> Quoad *processum*. Nam procurator coram arbitro litigans non tenetur satisfacere et cavere dominum rem ratam habiturum (l. 32. § 20. h. t. D.), quia potest solvere *poenam* compromissi, et *non stare sententiae*; secus si litiget coram iudice. Cfr. tot. tit. Rem ratam haberi D. Item arbitr non potest contumaces punire aut testes cogere, quia iurisdictionem non habet; quod tamen potest iudex. L. 2 § fin. de iudiciis D. — 4<sup>o</sup> Quoad *pronuntiationis vim et efficaciam*. Nam ex sententia iudicis oritur *actio* et *exceptio* rei iudicatae (cfr. totum tit. de re iudicata Cod. et D.); neutra autem datur ex pronuntiatione arbitri, sed tantum *poenae petitio* (L. 2. h. t. Cod.), nisi expresse vel tacite sit approbatum. Cfr. L. 5. h. t. Cod. Insuper sententia lata in causa furti, rapinae etc. infamat condemnatum (L. 4. § fin. de his qui notant. infam. D.); laudum vero arbitri non infamat. L. 13. § 5. eiusd. tit. — 5<sup>o</sup> Quoad *firmitatem pronuntiati*. Nam arbitro, si de causa sibi commissa pronuntiando erravit et sententiam invalidam dixit, errorem corrigere et sententiam mutare nequit (cfr. c. 19. et 20. h. t. D.); at iudex ordinarius potest. L. 6. quomodo et quando iud. D.; L. 19. de appell. D. — 6<sup>o</sup> Quoad *appellationem*. Nam ab arbitro *compromissario* appellari nequit; potest vero appellari a sententia *iudicis*. Cfr. L. 1. et tot. tit. de appell. D.

(7) L. 76. sq. D. pro socio XVII. 2.; L. 25. D. locati cond. XIX. 2. Huiusmodi aestimator sive artis peritus, qui ab aliis vocatur arbitrator (perito), est vir bonus et aequus ad negotium quoddam aestimandum assumptus, ut quid sibi videatur edicat. Periti in arte in processu civili suis sententiis medium probationis subministrant aut consilarii existunt iudicis ad definitionem causae. Cfr. Gregor. XVI., Regolamento cit. § 686. sq.; *Darantis*, Specul. lib. II. partic. 2. de probat. § 3., de requis. consil.; *Renaud* l. c. §. 113. Praeterea assumuntur in materia contractuum aliisque negotiis extrajudicialibus, ut illorum arbitrium non tantum requiratur ut opinio et consilium, sed in pactum deducatur tanquam necessario sequendum. Cfr. L. 76. sq. D. XVII. 2.; L. 30. D. de operis libertor. XXXVIII. 1.; *Pirhing*, h. t. n. 6.

(8) Distinguunt veteres auctores etiam aliis modis arbitrum ab arbitratore, licet concedant nomen arbitratoris in fontibus iuris diserte non reperiri (cfr. *Pirhing* h. t. n. 6. 7.; *Devoti*, Ius can. h. t. § 3.), ita ut arbi-



nisi lato sensu arbiter dicitur mediator sive conciliator, qui est persona idonea sive publica auctoritate (9) sive libera partium conventionem constituta, quae rogatu litigatorum controversiam amice componere studet, non per sententiam vel laudum, cui partes stare debent, sed per consilium sive arbitramentum promovendo transactionem libere a litigatoribus initam (10).

**52. Divisio.** Arbitri sunt aut arbitri *iuris* sive *necessarii*, qui ex legis vel principis vel magistratus praescripto in certis casibus a litigatoribus assumi debent (11), aut *compromissarii* sive *voluntarii*, quos libera voluntate eligunt litigatores per compromissum a persona electa libere receptum (12). Quare

trator sit is, qui compromisso quidem partium electus ordine iudiciario non servato ex sola aequitate controversiam decidat, arbiter vero etiam iudicii formam et ordinem sequatur. Cfr. Gregor. XVI., Reg. § 1757. L. 13. § 2. D. h. t.; *Durantis* l. c. § 1. Iuxta *Devoti* h. t. « arbitrum *adire* » propria est loquendi formula, quae ad arbitros pertinet. Cfr. L. 21. § 8, D. tit. cit. Imo inde nomen acceperunt arbitri, quod a partibus adirentur. Dicitur etiam arbiter « adigi » pro « adiri ». Cfr. Ciceronem pro Roscio n. 9. et Senecam ep. 55.

(9) Acta S. Sed. vol. XVI. p. 104. sq.; Instr. Card. Rauscher §§ 211. 210. 213.

(10) Cod. civ. Gall. art. 48.-58.; Cod. proc. civ. It. l. c. cap. 1.; Cod. crim. Germ. § 420.

(11) Ut probetur assertio, quaestionem exortam inter Episcopum et clericum sibi subiectum ex iuris dispositione iudicio arbitratorum ex conventionem partium eligendorum esse terminandam, non raro citatur c. 46. C. XI. q. 1. Et sane ex verbis huius canonis (c. 9. Conc. Chalced. a. 451.), prout in decreto Gratiani refertur, assertio illa haud difficulter deducitur; at aequae certum est, Magistrum Gratianum perversam allegare versionem textus originalis, ut iam notarunt Correctores rom. et patet ex *Card. Petra* l. c. I. p. 526.; *Hefele* l. c. II. p. 513., imo potius cit. can. 9. de controversia inter Episcopum et clericum subiectum statuitur: Quod si clericus habet causam adversus Episcopum propriam, vel adversus alterum, *apud Synodum provincialem* iudicetur. Quare docet *Bouix*. De Episcopis tom. I. p. 458.: « Hinc quando suffraganeus est actor in causa civili contra aliquem subditum suum, cum neque ipse iudex esse possit, utpote qui iudicaret in propria causa, nec metropolitanus ob carentiam iurisdictionis in eum, recurrendum necessario est ad iudicem Pontificia auctoritate munitum ». Si vero episcopus sit actor, inquit Card. Petra, « tunc velut in causa propria nequit iudicare. Itaque vel datur iudex a Signatura, vel potest convenire subditum coram Nuntio... vel coram Auditore Camerae (Apostolicae), non autem coram Metropolitano, quia is non est iudex subditorum Episcopi, nisi in casu devolutae iurisdictionis ». (Ad Const. 2. Leon. IX. sect. 5. n. 151.

(12) L. 23. D. de appell. XLIX. 1.; cap. 39 X. de off. et pot. i. d. I. 29.; cap. 4. 11. eod. l. 14. in Sext.; cap. 14. X. de rescript. l. 3.; cap. 10. X. de for. comp. II. 2. Conc. Trid. Sess. XIV. cap. 5. de ref.; *Devoti*, Inst. can. h. t. §. 3.; *Passerin*. l. c. in cap. 1. 2. I. 22. in Sext. et in cit. cap. 11. I. 14. in Sext.

arbitri iuris, qui forte ab ipso publico magistratu designantur simulque necessario adeundi sunt, nonnisi nomine a veris iudicibus delegatis (13) discrepant (14); qui ut vero quodam sensu isto nomine arbitrorum insigniri possint, requiritur, ut electio sive designatio personae, perficienda ex legis imperio, saltem mutuo litigatorum consensu fiat; at discrepant ab arbitris compromissariis, quod non potestatem ex compromisso partium circumscriptam, sed veram iurisdictionem a legibus determinatam accipiant (15); quod a sententia arbitrorum iuris (16) appellatio fieri possit, non vero a laudo arbitrorum compromissariorum (17); quod quis ad suscipiendum munus arbitri iuris compelli possit (18), secus vero sit dicendum de arbitro compromissario (19).

(13) *Leuren* l. c. h. t. q. 1089.

(14) In libris iuris civilis, ita fere *Devoti* h. t. § 2., *arbiter* saepe nihil aliud est, quam *iudex a Praetore datus*. Cfr. L. 19. § 1. D. comm. divid.; L. 7. D. de neg. gest.; L. 3. Cod. comm. divid.; L. 6. C. de reb. cred.; L. 2. C. de sent. interl.; L. 5. C. de distr. pign. Quin imo apud veteres iurisconsultos controversia videtur extitisse, num iudex an arbiter sit appellandus, qui litem *iudicat*. Ita enim scribit Cicero pro Murena n. 12: « Iam illud mihi quidem mirum videri solet, tot homines ingeniosos per tot annos etiam nunc statuere non potuisse, utrum diem tertium an perendinum, *iudicem* an *arbitrum*, rem an litem dici oporteret ». Etiam *Vering*, Gesch. u. Pandekten § 107., ubi agit de iudicibus, arbitris et recuperatoribus hanc Ciceronis ironiam commemorat, et addit: « Vielleicht waren *arbitri*, die immer in der Mehrzahl vorkamen, urspruenglich mehr blosse Sachverständige, oder die Richter bei iudicia bonae fidei und arbitraria, und die *iudices* die eigentlichen Schiedsrichter, oder die Richter bei stricti iuris iudicia. Im weiteren Sinne werden übrigens schon während der Republik und noch häufiger in der Kaiserzeit auch die rechtsprechenden Magistrate *iudices* genannt. » At *Devoti* l. c. addit.: « Sed revera arbiter alius erat ab eo, quem proprie iudicem appellamus (L. 7. D. ad leg. lul. repet.; L. 15. D. de re iudic.; § 1. Inst. de act.); qui bonae fidei iudiciis dabatur, arbiter, qui stricti iuris, iudex dicebatur; utrumque constituere magistratus, qui dati ab se iudicis aut arbitri sententiam exsequeretur. » L. 15. D. de re iud.

(15) Cap. cit. 39. X. I. 29.

(16) Cap. 11. de off. I. 14. in Sext.

(17) L. 1. Cod. h. t.; cfr. quoque Gregor. XVI., Regol. leg. §§ 1776.-1779.

(18) Cap. 61. X. de appell. II. 28.

(19) L. 3. § 1. D. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 2. 3.; *Pirhing* h. t. n. 9.; *Tancred.* l. c. § 4. Nota tamen hos casus, in quibus ex praescripto iuris arbitri eligendi sunt, hodie rarissimos esse, ita ut, quemadmodum loquitur *De Angelis* loc. cit. n. 2, *vix* sit quod habeat locum arbiter *iuris*. Etiam *Passerini* in cap. 4. I. 14. in Sext. n. 4. testatur, Farinaccium iam animadvertere arbitrorum electionem in casu recusationis iudicis suspecti « ab aula in Urbe et in Statu ecclesiastico » recessisse, quia scilicet aliis modis

**53. Notae historicae. I.** Quod ratio naturalis et aequitas suadent, ut ad praeveniendas finiendasque lites, de quibus transactio est permissa, arbitri adeantur, id legibus quoque romanis est statutum. Imo antiquum fuerat privilegium civium romanorum, ut mutuo consensu partes litigantes sibi eligerent iudices, quibus a magistratibus iuramento recepto de officio religiose implendo cognitio et definitio controversiae committebatur. Quodsi partes de iudice non conveniebant, iudicem dabat magistratus. Arbitri vero legibus romanis ab initio potius videntur fuisse amicabiles compositores; litigator enim, contra quem arbiter sententiam tulerat, quominus iudicem ordinarium adiret, nullo iure prohibitus fuit, quippe cum arbitrium favorabile uni parti neque ius constitueret exigendi arbitrii executionem neque opponendi exceptionem de re iam iudicata. Quare ne compromissum partium et arbitri electi laudum sive arbitrium omni effectum careret, adiectis compromisso stipulationibus cautum est, ut pars, quae arbitrio obedire renueret, poenam solvere teneretur. Cuius poenae solutio in ordinario iudicio peti potuit (20). Item quamprimum partes mutuis illis stipulationibus suum compromissum corroborarunt vi pacti nudi cum arbitro inito. Praetor arbitrum ad ferendam sententiam cogere potuit (21). Alias constitutiones adiecit Imperator Iustinianus (22), et licet postea in Novell. 82. cap. 11. citatam L. 4. Cod. h. t. immutaverit, tamen prohibitio illa iuramenti per Nov. l. c. facta iure canonico non est recepta (23).

II. Constantinus M. cum universi imperii romani administrationem denuo ordinaret, etiam veterem illum morem christianorum (cfr. I. Cor. VI, 1-6.) civiles controversias ad Episcoporum audientiam deferendi duabus constitutionibus ann. 321. et 331. in foro quoque civili approbavit et vi iuridica munivit, etiamsi una tantum pars audientiam Episcopi adiret (24).

provisum est huic casui. Confer de arbitris eligendis, quando iudex recusatur ut suspectus: *Bouix*, de iudic. eccl. tom. I. pag. 179. sq. p. 517. sq., de Episcopo tom. I. pag. 474; *Card. Petra* ad const. 2. Leon. IX. sect. 5. n. 13.

(20) L. 2. D. h. t.

(21) L. 3. § 1. L. 15. D. h. t.

(22) L. 5. L. 4. Cod. h. t.

(23) Cfr. Card. Rauscher apud *Schulte*, Eheprocess. p. 301.

(24) Authentia utriusque constitutionis a Gothofredo aliisque fuit impugnata, sed nostra aetate ab ipso Haemel, scriptore protestantico (Novellae constitutiones, Bonnae 1844), aliisque tam valide probata est, ut certa iam sit atque indubitata. Cfr. Gregor. XVI., Regolam. cit. § 350.

Honorius et Arcadius ann. 398. et 408. denuo praeivium consensum litigatorum necessarium esse statuerunt, ut arbitrium Episcopi implorari posset (25). Et revera in antiquo imperio romano (26) Episcopi ad causas civiles fidelium dirimendas non levem praestiterunt operam (27), et in imperio Turcarum huius antiquae disciplinae conservantur vestigia, Patriarchae enim orientales etiam in causis civilibus fidelium iurisdictione quadam potiuntur (28). At tempore medii aevi in diversis regnis populorum germanicorum huiusmodi audientia episcopalis secundum leges romanas usu non fuit recepta, quamvis saeculo 9. varia reperirentur tentamina denuo in praxim introducendi constitutiones Constantini M. (29).

III. Quemadmodum causarum civilium cognitio arbitris fuit commissa, ita lites quoque ecclesiasticae iam primis Ecclesiae saeculis arbitrorum sententia sunt decisae (30). Ecclesia, quamvis in institutione arbitrorum generatim adoptarit leges romanas (31), tamen suis legibus ius romanum partim corripuit (32), partim modificavit et ampliavit (33). Inde a tempore,

(25) L. 7. L. 8. Cod. de episcopali aud. l. 4 et Imper. Iustiniani L. 29. § 4. eod.; Novell. 123. cap. 21.

(26) Episcopus tales causas ad se delatas dirimebat more arbitri et dispositionibus legis civilis in causis definiendis non fuit ligatus; nihilominus praestabat simplici arbitro, cum *receptum arbitri* sive pactum illud, quo se obligaret ad acceptandum officium arbitri, non esset ineundum; praeterea arbitrium Episcopi in foro civili illico vim iuridicam obtinuit. Cfr. *Vering*, *Gesch. u. Pand.* § 109.

(27) Cfr. proleg. § 4. n. 3.; *Thomassin* Vet. et nov. Eccl. disc. P. II. lib. 3. cap. 101. sq.

(28) *Vering*, *Inst. iur. eccl.* § 180.; Synod. Montis Libani (a. 1736.) (Collect. Lacens. tom. II. p. 106. sq.).

(29) Cfr. c. 35. 36. 37. C. XI. q. 1. cum apocrypha approbatione Caroli Magni; cap. 13. X. de iud. II. 1.; *Vering* l. c. Quod nostra quoque aetate iudices ecclesiastici in causis mere civilibus v. g. in causa bonorum temporalium connexa cum causa matrimoniali arbitri esse possint, patet ex *Instruct. Card. Rauscher* § 244. et eiusd. epistol. ad Card. Haulik (*Schulte*, *Eheprocess* p. 299.) et ex Gregor. XVI., *Regolamento* cit. § 1752; *Thomassin* l. c. cap. 107. n. 1. sq.

(30) Cfr. c. 10. Conc. Hippon. (393.); c. 13. Conc. Carthag. (418.) = cap. 1. X. h. t.; c. 33. 34. C. II. q. 6.; c. 9. Conc. Chalced. (451.); c. 2. Conc. Turonens. (567.); Cpl. I. lib. I. tit. 34. de arbitris cap. 1. 2. = epist. Greg. M. (591.); *Thomassin* l. c. p. II. l. 3. cap. 105. n. 8.; cap. 110. n. 13. de monitis S. Caroli et Cleri gallic. (a. 1579.) de finiendis litibus clericorum per amicabilem compositionem aut per arbitros. cap. 112. n. 4.

(31) Grat. l. c. et Cpl. I. l. c. et praesertim cap. 12. X. h. t.

(32) Cap. 2. h. t. in Sext.

(33) C. 11. Conc. Lugd. I (1245.) = cap. 2. de appell. II. 15. in Sext.; cap. 1. h. t. in Sext.



quo Liber Sextus fuit promulgatus (1298.), novae leges ecclesiasticae de arbitris non sunt latae, sed ius iam constitutum potius congrua ratione est applicatum (34). Imo quae de arbitris iuris in iure antiquo statuta sunt, propter immutatam Ecclesiae disciplinam in plerisque casibus non iam sunt practici momenti (35).

§ 1. DE PERSONIS HABILIBUS AD COMPROMISSUM INEUNDUM.

54. Omnes iique soli in arbitros compromittere possunt, qui rerum suarum vel alienarum liberam et plenam etiam habent potestatem, sive transactionem perficere valent. Nam per compromissum in arbitros aequae ac per transactionem ad alienationem perveniri potest (36).

55. Quare in arbitros compromittere non possunt: *Furiosi* vel dementes; *pupilli* sine auctoritate tutoris (37), prodigi, quibus bonis interdictum est; *minores puberes*, si curatorem habeant, sine illius auctoritate; si curatorem non habeant, compromittere non prohibentur, sed si laesi fuerint eis subvenitur per restitutionem in integrum, idemque obtinet, si auctore curatore compromisissent (38); *tutores* vel *curatores* super immobilibus aut mobilibus pretiosis sine decreto iudicis; *feminae* quamvis de re sua compromittere possint, nisi aliunde prohibeantur, non tamen pro alio (39); *fili* familias super suo peculio adventitio et profectio, secus de castrensi vel quasi castrensi; *procuratores*, nisi mandatum speciale habeant (40); *religiosi* sine licentia competentis superioris ecclesiastici; Praelati ecclesiastici de bonis ecclesiasticis sine solemnitatibus a iure requisitis (41).

(34) Conc. Trid. Sess. XIV. cap. 5. de ref.; Acta S. Sedis. vol. VII. p. 393.

(35) *Passerinus*, Comment. cit. in cap. 4. de off. et pot. iud. del. I. 14. in Sext. n. 4.; *De Angelis* l. c. h. t. n. 2. De conflictu competentiae solvendo cfr. Gregor. XVI., Regolamento giudiz. leg. § 386.

(36) Cfr. cap. 5. X. h. t.: Gregor. XVI., Regol. giudiz. § 1746.

(37) L. 27. § 5. L. 35. D. h. t.

(38) L. 3. D. h. t.: L. 34. § 1. D. de minorib. IV. 4.

(39) L. 32. § 2. D. h. t.

(40) Cap. 9. X. h. t.

(41) Cfr. cap. 3. 5. X. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 7. 8.; *Pirhing* h. t. n. 11. Quae veteres scriptores in hac materia de servis tradunt (L. 32. § 8. D. h. t.) et de vasallis et curia parium (cfr. *Devoti*, Ius can. h. t. § 8; *Schmalzgr.* l. c. n. 9.), propter leges civiles immutatas non iam sunt practici momenti. Cfr. *Gerber*, Syst. d. d. P. § 121.



56. Praeter casus in iure expressos (42) nemo cogi potest, ut in arbitros compromittat; attamen ubi semel quis in se receperit arbitrium, cogi potest a iudice ad officium arbitri implendum (43).

## § 2. DE PERSONIS HABILIBUS AD ARBITRIUM RECIPIENDUM

57. Arbitri eligi possunt omnes, qui a iure non prohibentur. Quare qui iudices constitui, ii etiam arbitri esse possunt, neque excluduntur viri privati neque magistratus neque iudices ordinarii vel delegati alias iam competentes (44), neque libertini (45), quin etiam de re patris filius familias arbiter esse non prohibetur (46).

58. Prohibentur esse arbitri:

1) *Amentes, furiosi*, muti, surdi, pupilli aliique similes, qui ipsa natura impediuntur, quominus arbitri existere possint (47), eisque ex iure romano aequiparabantur servi (48).

2) *Minores* viginti annis (49).

3) Mulieres suae pudicitiae memores et operum, quae eis natura permisit, ut dicitur, L. 6. Cod. h. t.; at iure cano-

(42) Cap. 39. X. de off. et pot. iud. del. I. 29.; cap. 4. 11. eod. in Sext.; cap. 14. X. de resc. I. 3. Cfr. supra n. 52. III.

(43) L. 3. § 1. D. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 10. 5. et lib. I. tit. 36. n. 14.

(44) L. 3. L. 4. L. 9. § 2. D. h. t.; cap. 5. 7. 10. X. h. t.; cap. 14. X. de praesumpt. II. 23.; *Tancred.* l. c. § 2.; *Durantis* l. c. § 2.; Act. S. Sedis. VII. p. 393. sq.; *Pirhing* h. t. n. 14. 15.; *Arndts-Serafini* l. c. § 270. - Iudicium non posse arbitrium recipere eius rei, de qua iudex est, scribit Ulpianus in L. 9. D. eod.; sed simili iuri a canonico derogatum aliqui sentiunt. Alii autem sic statuunt: civili iure hoc tantum sancitum esse, ut iudex vel iubendo vel prohibendo litigantes cogere nequeat ad arbitrium sibi ipsi committendum, non item ut libera eorum voluntate arbiter constitui non possit. Utut ea de re sit, hoc certum est iure canonico tum ordinarios tum delegatos iudices arbitros esse posse, ut constat ex capp. 5. 7. 10. de arbitris et cap. 14. de praesumpt. » Ita *Devoti* h. t. § 9. not. 2.

(45) L. 6. D. h. t.

(46) L. 7. D. h. t. Pedius et Pomponius scribunt, parvi referre,.... integrae famae quis sit arbiter, an ignominiosus. Quae iuris romani sanctio, licet in decretum Gratiani (cfr. c. 2. § 17. C. III. q. 6.) translata sit, neque in foro saeculari neque in foro ecclesiastico est recepta. Cfr. Greg. XVI. Regolam. cit. § 1750: « Gli arbitri devono essere di sesso virile, maggiori di età, non interdetti, non condannati a pena infamante, e non impediti espressamente dalla legge ad esercitare questo ufficio ». Cfr. quoque l. c. § 1752.

(47) L. 7. § 1. D. h. t.

(48) L. 7. L. 9. pr. D. h. t.

(49) L. 41. D. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 12.

nico illis mulieribus, quae lege vel privilegio vel consuetudine iurisdictionem quandam habent, arbitrium recipere non fuit interdictum (50).

4) *Laici* super rebus spiritualibus (51), ita ut ipso iure invalidum sit compromissum, si laici sive principaliter sive incidenter tantum, etiam cum assensu Episcopi, assumuntur, nisi aut ex privilegio apostolico vel mandato Rom. Pontificis arbitrium recipiunt (52), aut compromissum fit simul in clericum et laicum cum superioris ecclesiastici ordinarii vel delegati consensu (53): at in causa mere temporali, v. g. in causa de bonis temporalibus clerici, ab arbitrio recipiendo non excluduntur laici (54).

5) *Religiosi*, licet amicabiles compositores eligi possint, nisi aliud exigit utilitas ordinis religiosi, et accedat consensus competentis superioris (55).

6) *Notorie* excommunicati, non tolerati sive vitandi, quibus cum omne commercium est interdictum, ut ne amicabiles quidem compositores assumi possint (56).

7) Denique nemo de re sua arbiter fieri potest (57).

(50) Cfr. cap. 4. X. h. t.

(51) Cap. 8. X. h. t.

(52) Cfr. cap. 9. X. h. t.

(53) Cit. cap. 9.

(54) Cap. 4. 8. 11. X. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 13. 14.; *Pirhing* h. t. n. 21. sq.; *Leuren* l. c. P. I. q. 1093. n. 4. 5. Sunt qui putant laicos in causis *spiritualibus* ne *arbitratores* quidem esse posse; alii tamen id negant, cum iura loquantur tantum de vero arbitro, non de amicabile compositore, qui explet partes boni amici neque sententiam iudicalem fert aut verum dicit arbitrium. *Schmalzgr.* h. t. n. 13. primo inquit in quaestionem generalem, utrum qui arbiter esse non possit, is etiam ab officio *arbitratoris* excludatur, et id negat, quum femina possit esse arbitratrrix in contractibus et aliis actibus extraiudicialibus et in aliis negotiis amicabilis compositor, ut per *sensum* contrarium colligitur ex cap. 4. h. t., ubi feminae a *iudiciali* examine removentur, non vero ab extraiudiciali. Deinde inquit in quaestionem specialem, quam superius proposuimus, et n. 14. affirmativam sententiam amplectitur, quamvis meminerit contrariae sententiae Abbatis in cap. 8. h. t. Ratio autem *positiva* et potior istius assertionis haec est: Laici a tractatione causarum spiritualium non quomodoecumque excluduntur; secus nec procuratores, nec assessores, nec consultores umquam esse possent; sed solum per viam *iuris* et cognitionis *iudicialis*. Atqui arbitrator nec per viam iuris nec per cognitionem iudicalem in forma iuris procedit. Ergo.

(55) Cfr. c. 35. C. XVI. q. 1.; X. III. 50.

(56) Cap. 39. X. de sentent. excom. V. 39.; *Suarez*, De censuris disp. 16.; *Kober*, D. Kirchenbann, Tübing. 1863. p. 415. sq.

(57) L. 51. D. h. t.

## § 3. DE CAUSIS ARBITRIO OBNOXIIS.

59. In arbitros compromitti potest de omnibus rebus, de quibus id nullo iure reperitur prohibitum, et generatim omnes causae, quae spectant ad ius publicum et in se arduae sunt et magni praeiudicii, ut maiores exigant iudices et publicam auctoritatem, arbitris subiici nequeunt (58).

## 60. Speciatim arbitrium non admittunt:

1) Causae *criminales*, in quibus criminaliter agitur (59); nam vindicta criminum spectat ad publicam auctoritatem, neque privato arbitrio relinqui potest. Secus dicendum, si de crimine civiliter agatur ad compensationem partis laesae obtinendam.

2) Causae *matrimoniales*, in quibus de validitate vel nullitate matrimonii aut de separatione a thoro et cohabitatione disceptatur (60). At sponsalia de futuro, cum mutuo consensu dissolvi possint (61) et transactioni sint obnoxia, et lites matrimoniales de bonis temporalibus, compromissum quoque et arbitrium non respuunt (62).

3) Causae *beneficiales*, quae concernunt ipsam tituli collationem, nisi accedat auctoritas superioris competentis aut in ipsum Ordinarium tanquam in arbitrum compromittatur, ne quis sine canonica institutione beneficium ecclesiasticum consequatur (63); et de aliis causis beneficiariis velut de electione vel de lite orta ex iure praesentandi (64) compromissum in arbitros non est interdictum (65).

4) Causae *restitutionis* in integrum, nisi coram arbitris motae fuissent incidenter in causa principali ipsis commissa (66).

(58) Cfr. cap. 9. X. de in integr. rest. l. 41.

(59) Cit. cap. 9.; L. 32. § 6. D. h. t.

(60) Cit. cap. 9.; cap. 12. X. de excess. Prael. V. 31.; Conc. Trid. Sess. XXIV. Doctr. de Sacram. Matr. c. 8. 12., Sess. XXIV. cap. 20. de reform.; Instr. Card. Rauscher §§ 200. 205. 241. 244.; Schulte, Eheprocess p. 299. sq.

(61) Cfr. cap. 2. X. de spons. et matr. IV. 1.

(62) Instr. cit. §§ 200. 244. et Schulte l. c.

(63) R. I. 1. in Sext.; cap. 10. X. h. t.

(64) Cit. cap. 10. h. t.; cap. 21. X. de elect. l. 6.; cap. 21. X. de praeb.

III. 5.

(65) Pirhing h. t. n. 25. 58.; Leuren l. c. P. I. q. 1098. n. 8.

(66) Cap. 9. X. de rest. l. 41.; L. 3. Cod. ubi et apud quem II. 47.

5) *Causae exemptionis*, in quibus praeiudicium inferri potest iuri illius, qui exemptionem concessit. Hinc compromitti in arbitros non potest in iis, quae vergunt in praeiudicium Ecclesiae romanae, vel Sedis Apostolicae (67).

6) *Causae decisae* per indubitata sententiam, quae transit in rem iudicatam, nisi nova oriantur dubia per sententiam iudicalem nondum definita; nam compromissum fieri nequit de re, quae dubia non amplius existit (68).

7) Denique quibus in causis transactio est vetita, in iisdem compromissum quoque in arbitros prohibetur (69).

#### § 4. DE NUMERO ARBITRORUM ET FORMA COMPROMISSI

61. Compromitti libere potest in unum vel in plures arbitros, et licet consultius sit, ut numero dispari eligantur, si plures assumantur arbitri, tamen electio de pari numero arbitrorum facta et licita et valida est habenda (70). Quod si ea conditione in duos arbitros compromissum sit, ut si inter se dissenserint, tertium quemdam arbitrum pro suo arbitrio ex mutuo consensu assumant, invalidum est compromissum; valet vero, si tertius ille arbiter in casu dissensus assumendus ab ipsis partibus compromittentibus antecederet accurate et in individuo (v. g. Sempfonius) fuerit determinatus. Ita statuitur cap. 12. h. t., quo L. 17. § 5. D. h. t. est canonizata. Etenim compromissum de incerta persona in arbitrum assumenda non tenet (71).

(67) Cap. 5. X. h. t.; *Pirhing* h. t. n. 26. sq.; *Schmalzgr.* lib. II. tit. 2. n. 147. sq.

(68) Cap. 11. X. h. t., Gregor. XVI., Reg. leg. § 1747.

(69) Legibus romanis ab arbitrio fuerunt exclusae etiam *causae status* i. e. ingenuitatis, natalium, libertatis (cfr. L. 32. § 7. D. h. t.; cap. 9. de rest. in integ. l. 41.), et *actiones* populares et famosae. Cfr. cit. L. 32. §§ 6. 7.; *Devoti*, Ius can. h. t. § 11.; *Vering*, Gesch. u. Pand. § 114. Cfr. quoque Greg. XVI., Regolam. leg. § 1748.: « La legge vieta di compromettere le controversie relative alle donazioni e legati con titolo di alimenti, allo stato di persone, ed agli affari che interessano l'ordine pubblico ». Cfr. *Durantis* t. c. § 3.

(70) Cap. 1. 12. 3. X. h. t.; L. 17. § 6. D. h. t.; *Pirhing* h. t. n. 32. sq.

(71) Cui dispositioni cit. cap. 12. X. h. t. sane non obstat cap. 13. X. h. t., ubi supponitur, speciali clausula in compromisso addita, arbitro posse concedi, ut sibi alios *substituat*. Cfr. *Santi* h. t. n. 8.; *Pirhing* h. t. n. 45.; *Leuren* l. c. q. 1094. n. 4. At iam cap. 61. X. de appell. II. 28 et cap. 2. de appell. II. 15. in Sext., ubi agitur de arbitris *iuris* eligendis, si iudex tanquam suspectus recusetur, prohibitio cap. 12. non videtur sustineri. Imo *Devoti*, Ius can. h. t. § 10. scribit: « Sed hodie semper duobus arbitris, quo-

Si in unum aut plures ea conditione compromissum sit, ut arbitri, antequam sententiam ferant, unius aut complurium audiant consilium, validum est compromissum, si illud consilium tantum petere, non sequi in arbitrando, teneantur, licet non audito consilio irrita sit sententia lata (72). Quod si arbitri consilium datum sequi teneantur, invalidum est compromissum (73), quia libera facultas sententiae dicendae arbitro non fuit relicta (74).

62. Quamvis legibus romanis requiratur (75) ad valorem sententiae, si plures arbitri assumpti sint, non solum consensus maioris partis, sed etiam ut omnes sint *praesentes*, cum profertur sententia, tamen iure canonico (76) statuitur, ut si unus ex tribus arbitris a partibus electis, per alios legitime requisitus, non curaverit, cessante legitimo impedimento, convenire, duo praesentes possint examinare negotium et libere definire, sicut possent illo praesente (77). Si ex tribus arbitris duo consentiunt, debet praevalere sententia duorum; at si v. g. unus in 15., alius in 10., tertius vero in 5. pronuntiant, illius, qui dixit de summa minore, cum in illa omnes concordēs existant, sententia efficax censetur (78).

63. Compromissum et receptum fieri potest non solum viva voce vel nutibus vel scriptura inter praesentes (79); sed etiam per epistolam vel nuntium et procuratorem inter absentes, nudo pacto aut stipulatione, adiecta poena aut sine poena, denique iuratum vel non iuratum esse potest (80).

rum est dissimile iudicium, integrum est tertium etiam non nominatum sumere, qui litem finiat, modo litigantium consensus accedat aut id iussu et auctoritate superioris fiat ». Imo in Gregorii XVI. Regolamento § 1761. conceditur: « La facoltà di nominare gli aggiunti potrà anche accordarsi agli arbitri eletti ». Cfr. quoque §§ 1769. 1770.

(72) Cap. 7. X. h. t.

(73) L. 17. § 3. D. h. t.

(74) *Laymann* l. c. in cap. 7. X. h. t.

(75) L. 17. § 7. L. 18. D. h. t.

(76) Cap. 2. h. t. in Sext.

(77) L. 27. § 3. L. 32. § 13. D. h. t.

(78) Cap. 1. h. t. in Sext.; Gregor. XVI, Regol. legisl. § 1768.; *Pirhing* h. t. n. 34. sq.

(79) *Devoti* l. c. h. t. § 6.; *Schmalzgr.* h. t. n. 20. sq.; *Vering* Gesch. u. Pand. § 218. II. 3.; *Arndts-Serafini* l. c. § 270. n. 1. Cfr. quoque de forma comprom. Greg. XVI., Reg. leg. § 1749.; *Durantis* l. c. § 7.

(80) In Codicibus recentioribus saepe ad validitatem compromissi requiritur ut in scriptis fiat. Cod. proc. civ. Austr. § 577: « Il compromesso deve (muss) essere fatto per iscritto »; Cod. proc. civ. Ital. a. 11.: « Il compromesso deve farsi per atto pubblico o per scrittura privata ».



## § 5. DE POTESTATE ET OFFICIO ARBITRORUM.

64. Potestas arbitrorum compromissariorum, quamvis vera iurisdictio non sit, quippe quae ab hominibus privatis praesertim in foro ecclesiastico concedi nequeat, sese habet ad instar potestatis iudicum delegatorum et tota pendet a compromisso; ac si longius quam eius termini postulant arbiter progrediat, nihil agit, quoniam id solum “venit in compromissum”, inquit Ulpianus († 228. p. Chr.), “de quo actum est, ut veniret (81)”. Hinc: I. Arbitri de una causa ad aliam transire non possunt, nisi inter utramque causam tam necessaria sit connexio, ut sine illa vel ipsa causa principalis definiri nequeat. Nam commissae causae principali videtur etiam concessa causae accessoriae definitio, licet hoc specialiter non sit expressum (82). Quo principio stabilito facile non pauca corollaria practica deduci possunt (83).

II. Tametsi coram iudice ordinario vel delegato reus auctorem reconvenire possit (84), tamen coram arbitris compromissariis non conceditur reconventio (85); at permissa est coram arbitris iuris, qui *totam* causam examinare possunt et debent (86).

III. Arbiter potestatem suam alteri nequit concedere, nisi expresse a litigatoribus hanc acceperit facultatem, quoniam compromissum censetur factum ex speciali fiducia de industria huius personae, ideoque personam electam non egreditur (87).

IV. Arbitri sententiam a se latam neque mutare possunt, cum post publicatum laudum ad instar iudicis functi sint officio suo (88), neque ob eandem rationem declarare, si dubium ex ea oriatur; ideoque Ordinarius ad declarandum du-

(81) L. 32. §§ 15. 21. D. h. t.; cap. 6. X. h. t.; *Devoti*, Ius can. h. t. § 12.

(82) Cap. 5. X. de off. et pot. iud. deleg. I. 29.; R. I. 42. in Sext.

(83) L. 21. § 2. L. 23. D. h. t.; *Devoti* l. c. § 13. Cfr. Greg. XVI. Reg. leg. §§ 1779. sq. de differentia inter sententiam conciliatoris et arbitri.

(84) Cfr. cap. 1. X. de mutuis petit. II. 4.

(85) Cfr. cap. 6. X. h. t.

(86) Cap. 2. de appell. II. 15. in Sext.; *Pirhing* h. t., n. 50. sq.; *Reiffenstuel* h. t. n. 61.

(87) Cap. 13. X. h. t.; L. 32. §§ 16. 17. L. 45. D. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 19.

(88) L. 19. § 2. L. 20. D. h. t.

bium est adeundus (89); neque arbitrium possunt exequi, sed recursus fiat necesse est ad iudicem ordinarium rei, contra quem facienda est executio laudi (90).

V. Potest arbiter non comparentem et contumacem punire "pecuniam eum adversario dare" iubendo „ (91).

65. Officium arbitratorum maxime in hoc consistit ut conditiones in compromisso expressas et leges iuris communis de arbitris latas accurate observent (92). Hinc:

I. Forma iudiciali procedendum est, nisi aliud in compromisso sit statutum, quoniam arbitria ad similitudinem iudiciorum redacta sunt (93).

II. Arbitri causam cognoscere et sententiam (94) ferre debent in loco, in quem expresse compromissum est (95). Si non appareat ex compromisso, de quo loco actum sit, iure praesumitur, eum locum ad arbitrium pronuntiandum contineri, ubi compromissum est; sed locus honestus sit oportet utrique parti (96) neque immunis a negotiis forensibus (97).

III. Veri arbitri in causa sibi commissa procedere debent die non feriato iuxta cap. 5. X. de feriis II. 9.; L. 3. Cod. de feriis III. 12.; L. 13. § 3. D. h. t., et arbitrium proferre intra tempus, de quo conventum est (98), nisi a litigatoribus prorogandi facultatem acceperint (99). Si tempus in compromisso definitum non sit, debet esse congruum ad causam cognoscendam et definiendam, et, una parte instante, a iudice arbitri compelli possunt, ut sententiam dicant, nisi iurati affirmant causam sibi nondum liquere (100). Sententia arbitratorum

(89) Cap. 7. X. h. t.; *Pirhing* h. t. n. 47.; *Leuren* l. c. q. 1101.

(90) L. 5. Cod. h. t. Cfr. quoque Greg. XVI., Regolam. legislat. § 1773. sq. § 1775.: - Il tribunale accorderà la richiesta esecuzione senza assumere veruna indagine sul merito dell'affare giudicato dagli arbitri - §§ 1782. 1767.

(91) L. 39. pr. D. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 31.; *Durantis* l. c. §§ 4. 6. 8.

(92) L. 3. § 1. D. h. t.; cap. 2. X. h. t.

(93) L. 1. D. h. t.; part. decis. cap. 6. X. h. t.; Greg. XVI., Regolam. legisl. §§ 1757. 1762.

(94) Quae sententia *laudum* dicta est ex eo, quod scriptores inferioris latinitatis *iudicare* saepe *laudare* dixerunt. Ita in libris feudorum lib. II. tit. 20. scriptum est: - laudatum saepe scio - hoc est iudicatum. Cfr. *Devoti* h. t. § 3.

(95) L. 21. § 10. D. h. t.

(96) Cfr. cit. L. § 17.

(97) Cap. 2. de immunit. eccl. III. 23. in Sext.; *Schmalzgr.* h. t. n. 27.

(98) L. 14. L. 33. D. h. t.; L. 1. Cod. h. t.

(99) L. 25. D. h. t.

(100) L. 14. L. 33. L. 3. § 1.; L. 16. L. 13. §§ 3. 4. D. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 28.

in scripturam redigenda et publicanda est partibus praesentibus (101), nisi in compromisso constitutum fuerit arbitrium pronuntiari posse etiam absente uno ex litigatoribus.

V. Si arbiter de pluribus controversiis non connexis assumptus est, ex compromisso est eruendum, utrum de omnibus simul ferre debeat sententiam necne (102).

#### § 6. DE EFFECTIBUS COMPROMISSI, RECEPTI, ARBITRII.

66. Pro diversa forma, qua compromissum vel receptum iniri potuit (cfr. supra § 4), ex legibus romanis multiplex obligatio orta est (103). Nam si factum fuerat compromissum nudo pacto, sine stipulatione, nullaque poena adiecta, ex iure civili romano, quod pactis nudis denegavit actionem (104), obligatio civilis non est orta, ideoque qui hoc modo compromiserant in arbitros, ii iudicio illorum impune non parere potuerunt, nisi unus ex litigatoribus rei traditione pactum implevisset. Quo in casu pactum fit vestitum et actio civilis conceditur in eum, qui pactum vel compromissum servare recusat, ut aut stet compromisso, aut reddat, quod accepit (105).

Quod si ex legibus romanis factum est compromissum in arbitros interveniente stipulatione, vel, ex iure canonico, nudo pacto, sed sine poena conventionali vel iuramento, contra violatorem compromissi datur actio, ut aut stet compromisso, aut solvat alteri parti id, quod interest (106). Non tamen inde oritur actio vel exceptio rei iudicatae (107). At ex arbitrio homologato, sive approbato expresse aut tacite per silentium decem dierum, conceditur exceptio et actio in factum tanquam de re iudicata coram iudice ordinario, et arbitrium indistincte ratum haberi debet et executioni mandari (108). Si compromissum initum sit adiecta poena, sed sine iuramento, ea intentione, ut tantum sit obligatio ad poenam solvendam, solummodo ad

(101) Cap. 10. X. h. t.

(102) L. 21. L. 25. D. h. t.; cap. 5. X. h. t.; R. I. 37. in Sext.

(103) *Pirhing* h. t. n. 61. sq.

(104) Cfr. L. 7. § 4. D. de pactis II. 14.

(105) Cfr. *Devoti* l. c. h. t. § 7. de disciplina nunc vigente in foro ecclesiastico.

(106) Cap. 9. X. h. t.; L. 27. § 6. D. h. t.

(107) L. 1. Cod. h. t.; L. 2. D. h. t.

(108) Cap. 9. X. h. t. cum notis *Pirhing* h. t. n. 53.; L. 4. §§ 4. 6. L. 5. Cod. h. t.

poenam solvendam agi potest. Qua soluta ab arbitri sententia recedere licet, nisi arbitrium a partibus fuerit homologatum (109). Quod si in compromisso praeter poenam secundario tantum ad confirmandam obligationem adiectam etiam cautum sit, ut arbitri sententia rata haberi debeat, ea pars, quae sententiae obedire recusat, et ad sententiam arbitri servandam, et ad poenam solvendam cogi potest, nec soluta poena ab obligatione standi arbitrio liberatur (110). Si compromissum fuit in arbitros cum poena adiecta et emisso iuramento, sufficit aut arbitrium exequi aut poenam solvere (111). At si partes compromittentes solo iuramento sese obtemperaturas esse sententiae arbitrorum promiserunt, nulla poena compromissum confirmantes, ex iuris canonici sanctionibus ob promissionem, Deo teste, factam arbitrium omnino servari debet, neque solummodo datur actio ad interesse sive ad indemnitatem petendam (112).

67. Compromissum in arbitros ex parte causae efficit, ut pendente arbitrio de re controversa suspendatur iurisdictio iudicis ordinarii invita altera parte, donec sententia per arbitrum sit pronuntiata (113); ut post litis contestationem actiones perpetuentur et praescriptio interrumpatur (114); ut acta coram arbitris, si respiciant factum et merita causae, inter easdem (115) personas in iudiciis quoque ordinariis fidem faciant (116), adeo ut confessio coram arbitris facta allegari possit in iudicio (117). Denique arbitrium finem imponit liti (118).

68. Receptum arbitrium arbitro imponit obligationem, ut suo tempore ferat sententiam, nisi iuste impediatur (119).

(109) Cap. 4. 9. X. h. t.; L. 1. et Authentic. Decernit. Cod. h. t.

(110) L. 6. Cod. de transact. II. 4.

(111) *Pirhing* h. t. n. 70.; *Devoti* l. c; h. t. § 7.

(112) Cfr. Cap. 2. X. h. t.; L. 4. Cod. h. t. iure novo abrogatam; cit. Authent. Decernit, et Novell. 82. cap. 11.; *Arndts-Serafini* § 270. not. 1.

(113) L. 30. D. h. t.

(114) L. 5. § 1. Cod. h. t.

(115) Greg. XVI., Reg. leg. § 1783: « Le sentenze degli arbitri non possono in alcun caso essere opposte ai terzi ».

(116) L. 5. § 2. Cod. h. t.; cap. 50. X. de testib. II. 20.

(117) L. 5. § 2. Cod. h. t.

(118) L. 1. D. h. t.; L. 1. Cod. h. t.

(119) L. 3. § 1. D. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 31. 33. Cfr. Cod. proc. civ. Ital. art. 34.: « Gli arbitri, che accettata la nomina e senza motivo desistano o non pronunzino nel termine stabilito, sono tenuti al risarcimento dei danni verso le parti ».

69. Ex parte compromittentium is est effectus compromissi, ut arbitro vocanti obedire teneantur. Quod si contumaces fuerint, arbiter eis mulctam imponere potest (120). Praeterea ordinarie stare debent sententiae arbitratorum (121), nisi agatur de casibus a iure exceptis (122).

§ 7. DE REMEDIIS IURIS CONTRA INIUSTUM ARBITRIUM.

70. Quamvis a sententia arbitratorum iuris, cum veri sint iudices, appellatio sit concessa (123), tamen a laudo arbitratorum compromissariorum appellari non potest, quia litigatores sponte elegerunt arbitrossibi quaedamnum tribuere debent (124).

71. Quod si arbitri compromissarii bona fide tulerunt sententiam, quae laesionem gravem, sed non enormissimam contineat, et a partibus intra decem dies neque tacite homologata sit (125), pars laesa potest implorare iudicis officium, ut laudum ad arbitrium boni viri redigatur (126). Haec autem reductio petenda est intra decem dies ab illo ordinario iudice rei, qui non interposito compromisso competens fuisset ad controversiam iudicandam (127), et illa sententia reductionis a iudice competente lata appellationem non excludit (128).

72. Si arbitrium est ipso iure nullum (129), implorari potest apud iudicem competentem declaratio nullitatis (130).

(120) L. 39. L. 49. § 1. D. h. t.

(121) L. 27. § 2. D. h. t.

(122) L. 27. § 7. D. h. t.; cap. 2. 6. X. h. t.; cap. 23. X. de iureiur. II. 24.; L. 32. § 14. D. h. t.; L. 3. Cod. h. t.; *Pirhing* h. t. n. 73.; *Schmalzgr.* h. t. n. 34. 35.

(123) Cap. 11. de off. et pot. iud. del. I. 14. in Sext.; *Passerin.* l. c. in hoc cap.

(124) L. 1. Cod. h. t.; L. 32. § 14. D. h. t.; c. 33. 34. C. II. q. 6.; at cfr. quoque Gregor. XVI., *Regolam. legisl.* §§ 1776-1779.

(125) Ut arbitrium censeretur homologatum iure civili requirebantur subscriptiones compromittentium partium (L. 4. 5. h. t. C.); at iure canonico sufficiunt verba aliave signa, quibus approbatio arbitrii sufficienter manifestetur (arg. cap. 7. h. t., ubi scripta homologatio non commemoratur).

(126) L. 5. Cod. h. t.; L. 27. § 2. D. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 35. sq.

(127) Cap. 11. X. h. t.

(128) *Devoti* l. c. h. t. § 14.; *Pirhing* h. t. n. 81.; *Schmalzgr.* h. t. n. 34. sq. n. 46.

(129) Cap. 2. 12. X. h. t.

(130) Cap. 9. X. de rer. permut. III. 19.; Gregor. XVI., *Regolam. leg.* § 1782.; Cod. proced. civ. Ital. art. 32. 33.; *Leuren* l. c. q. 1106.; *Passerin.* l. c. in cap. 2. I. 22. in Sext. n. 24.; *Muenchen* l. c. I. p. 586. sq.



Porro quamvis appellatio proprie dicta sit exclusa, tamen minime interdicitur petitio restitutionis in integrum in casibus a iure permissis (131).

§ 8. DE CESSATIONE COMPROMISSI ET POTESTATIS ARBITRORUM.

73. Compromissum et potestas arbitrorum finiuntur :

I. Ex parte *causae*: 1) Sententia definitiva, non interlocutoria, per arbitros lata super tota re in compromisso contenta (132). — 2) Lapsu temporis in compromisso praestituti, nisi ipsi litigatores tempus prorogarint aut illius prorogandi facultatem dederint arbitris (133); aut finito triennio a lite coram arbitro contestata, si certum tempus laudi proferendi arbitris non sit constitutum a partibus (134). — 3) Deficiente conditione compromisso vel recepto apposita (135). — 4) Interitu rei, de qua arbitrium fuisset dicendum (136).

II. Ex parte *arbitrorum*: 1) Morte omnium arbitrorum aut uno ex eis rebus humanis erepto vel ita impedito (137) ut munere suo non iam fungi possit, nisi in compromisso speciali clausula fuit expressum, eos qui remaneant nec impediti sint, causam cognoscere et definire posse (138). Plures enim arbitri censentur assumpti, ut omnes simul causam examinent. Quare cum illa conditio etiam uno arbitro mortuo vel impedito non iam impleri possit, compromissum dissolvitur et consequenter cessat potestas arbitrorum. — 2) Per non acceptionem compromissi aut legitimam illius recusa-

(131) Cfr. cit. Regol. leg. § 1777. Pro variis autem casibus, qui possunt occurrere notandum est ex compromisso oriri posse actionem ad interesse, idest ad expensas factas vel faciendas, vel actionem in factum scilicet ad executionem laudi, vel relativam exceptionem, vel etiam exceptionem doli.

(132) L. 19. § 1. L. 21 L. 25. D. h. t.

(133) L. 32. §§ 3. 11. 21. L. 21. §§ 5. 8. D. h. t.; L. 1. Cod. h. t.

(134) L. 17, § 1. D. h. t.; Gregorii XVI., Regol. leg. § 1753. « Si dovrà esprimere nell'atto di compromesso il termine, entro il quale gli arbitri pronunzieranno il loro giudizio: se non venne espresso alcun termine, la potestà degli arbitri s'intenderà limitata a *quattro mesi* dalla accettazione del compromesso ». Cfr. quoque §§ 1756.-1759.; Cod. Proced. Civ. Ital. art. 34.: « Il compromesso cessa... 3<sup>o</sup>. per la scadenza del termine stabilito nel compromesso, o, in difetto, decorsi giorni 90. dal compromesso ».

(135) L. 11. § 5. D. h. t.

(136) L. 32. § 5. D. h. t.; *Reiffenstuel* h. t. n. 107.

(137) L. 15. L. 16. D. h. t.

(138) Cap. 50. X. de testib. II. 20.; cap. 42. X. de off. et p. i. d. I. 29. L. 45. D. h. t.

tionem (139). — 3) Per paritatem votorum aut discrepantiam opinionum, nisi aliter a partibus fuerit provisum (140).

III. Ex parte *compromittentium*: 1) Morte compromittentium vel unius ex ipsis, nec compromissum extenditur in compromittentis haeredes (141), nisi de illis expresse ibidem caveatur (142). Id quod iure merito statutum est: nam arbitri assumuntur propter specialem de illis fiduciam; quae ratio in haeredibus forte plane incertis et ignotis praesumi nequit. — 2) Mutuo consensu partium (143), vel recusatione legitima arbitri, saltem per unum ex litigatoribus facta (144), vel vicissim si arbitri propter causas legitimas laudum recusent (145). — 3) Transactione facta de re controversa (146), multoque magis liberali renuntiatione iuris controversi in favorem alterius partis. — 4) Soluta et acceptata poena (147).

(139) L. 17. pr. L. 47. § 1. L. 48. D. h. t.; Greg. XVI., Regul. legis. §§ 1754. 1755.

(140) Cfr. cit. Regul. § 1759.; *Durantis* l. c. §§ 5. 8.; *Tancred.* l. c. § 5.; *Arndts-Serafini* l. c. § 270. not. 4.

(141) Greg. XVI., Regolam. leg. § 1760. statuitur: « La morte di uno dei compromettenti non risolve il compromesso. Nondimeno rimarrà sospeso il corso del giudizio avanti gli arbitri, durante il termine legale a far inventario e deliberare ». Cfr. quoque § 1758.

(142) Cap. 10. 14. X. h. t.; L. 27. § 1. L. 32. § 19. L. 49. § 2. D. h. t.; *Leuren* l. c. q. 1112. n. 3.

(143) L. 32 §§ 3. 5. D. h. t.

(144) L. 31. L. 32. § 14. D. h. t.; Greg. XVI., Regolam. legis. § 1761.

(145) L. 3. L. 9. § 5. L. 10. L. 11. pr. D. h. t.; cit. Regul. § 1758.; *Schmalzgr.* h. t. n. 33.

(146) L. 32. § 5. D. h. t.

(147) L. 13. L. 32. § 3. D. h. t.

## PARS SECUNDA

### DE PERSONIS IUDICIALIBUS

---

#### Prooemium.

74. Controversia ecclesiastica, si transactione vel compromisso in arbitros definiri non potest sive propter dissensionem partium sive ob iuris prohibitionem, coram competente iudice ecclesiastico est disceptanda sententiaque iudiciali dirimenda. Quare titulis sequentibus agendum est de iudiciis ecclesiasticis proprie dictis. Cuius disputationis fundamentum est Ecclesiam catholicam ab ipso Christo Domino, non principium civilium beneficio, instructam esse vera potestate iudiciali in foro quoque externo. Porro illa potestas iudicialis fori externi non qualicumque modo est exercenda, sed per iudices ecclesiasticos legitime constitutos et secundum formam pro actibus iudicialibus ab Ecclesia declaratam vel praescriptam. Quarum legum complexus dicitur ordo iudiciarius. Inquisitio in existentiam et naturam potestatis iudicialis Ecclesiae catholicae, licet huic parti secundae utiliter praemittatur et praelectionibus quoque de iure Decretalium sit propria (1); tamen in theologia fundamentali (2) et iure publico (3) iam magna ex parte est praeoccupata. Hinc ne acta agantur, omissa saltem pleniore huius materiae tractatione, potissimum ordinis iudiciarii explicationi est insistendum. Quo in ordine principem locum sibi vindicat quaestio de personis, quae in iudicio ecclesiastico intervenire solent (4).

---

(1) *Devoti*, Ius can. univ. tom. III. p. 1. sq. et eiusd. auctoris Instit. canonic. lib. III. tit. 1.; *Bouix*, De iudic. eccl. tom. I. p. 15. 16. 23.-64.

(2) Cfr. *Palmieri*, De R. Pontifice, Proleg. § 19.

(3) *Bianchi* († 1758.), Della potestà e della polizia della Chiesa, tom. IV. p. 580. sq.; *Gerdil* († 1802.), Opuscula... ad hierarch. Ecclesiae constit. spect. p. 157. sq.; *Moulati*, L'Eglise et l'Etat, l. III. cap. 3.

(4) *Durantis* l. c. lib. I. partic. 1. de iud. del. prooem.; *Tancred.* l. c. P. I. prooem. tit. 1. sq.; *Gratia* († 1236.), Summa de ord. iud. prooem. tit. 1.

---

## SECTIO I.

### DE IUDICE ECCLESIASTICO EIUSQUE ADIUTORIBUS ET MINISTRIS

## TITULUS IV.

### DE IUDICE IUDICIOQUE ECCLESIASTICO

(*Lib. II. tit. 1. de iudiciis*)

#### Praenotiones.

**75. Fontes:** Instit. IV. 6. de actionib. cum. seq. tit. — Dig. V. 1. de iudiciis. — Cod. I. 4. de episcopali aud.; III. 1. de iudiciis cum tit. 3. 4. 5. 6. 7. (1). — C. II. q. 1.-8.; C. III. IV. V. VI.; C. XIV. q. 1. 2.; C. XV. q. 7.; C. XVI. q. 5. 6.; C. XXX. q. 5. (c. 10. 11.). — Cpl. I. sq. lib. II. tit. 1. de iudiciis. — Decretal. Greg. IX., Bonif. VIII., Clem. V., Extravg. com. lib. II. tit. 1. de iudiciis (2). — Leon. X. Const. « *Supernae dispositionis* » 5. Maii 1514. in Conc. Lat. V. Sess. IX.; Pii IV. Const. « *De salute gregis* » 4. Sept. 1560. — Conc. Trid. Sess. VII. cap. 14. de ref.; Sess. XIII. cap. 2.-8. de ref.; Sess. XXIV. cap. 5. 20. de ref.; Sess. XXV. cap. 3. 10. 14. de ref.; Clementis Pap. VIII. Decretales lib. II. tit. 1. de iudiciis ed. Sentis, p. 35. sq. cum reliquis Const. ibid. citatis. — Instr. S. C. Ep. et Reg. 11. Iunii 1880.

**Scriptores:** Commentatores cit. iur. rom. in b. t.; Willelms l. c.; Walter, Gesch. d. roem. R. l. c.; Vering, Gesch. u. Pand. § 104. sq.; Accarias l. c. tom. 2. n. 732. sq. de l'organisation judiciaire; Keller l. c. § 1. sq. (3). Commentatores cit. iur. Decretal. in b. t. — *Devoti*, Inst. can. lib. III. tit. 2.; *Soglia*, Inst. iur. priv. eccl. § 199. sq.; *Sanguineti*, Inst. iur. eccl. priv.

(1) Cfr. quoque Greg. XVI., Regol. leg. e giudiz. P. II. dell'ordinamento giudiziario § 267. sq. et varios codices proced. civil. de constitutione iudiciorum in foro saeculari v. g. Italiae art. 67. sq.

(2) Cfr. in collect. iuris Decretal. libr. I. titulos de officio et potestate iud. delegati, de officio iudicis ordinarii, de officio iudicis.

(3) Cfr. quoque scriptores de procedura civili diversorum regnorum v. gr. de procedura civili Galliae: *Boncenne-Bourreau*, Théorie de la procédure civile <sup>2</sup>, 1837.-63.; *Carré-Chauveau*, Les lois de la procédure civile <sup>2</sup>, 1880-88.; *Boitard*, Leçons sur le code de procédure <sup>15</sup>, 1890.; *Pacaud*, Lenteurs et frais de iustice civile, 1899.; — Angliae: *Roscoe*, Outlines of civil procedure; *Rüttimann*, D. engl. Civilproc.; — Austriae: *Canstein*, Lehrb. d. Oesterr. Civilprocessrechts; — Germaniae: *Struckmann* u. *Koch*, *Endemann*, *Förster* u. *Kann* aliosque commentatores novi ord. iudic.; Italiae: *Mattirolo*, Tratt. di diritto giudiz. civ. italiano, 1882. sq.; *Mortara*, Manuale della procedura civile <sup>6</sup>, 1910.; *Cavalleri*, Diritto giudiz. civile, 1905.; *Galante*, Lezioni di diritto processuale civile <sup>2</sup>, 1909.

p. 391. sq.; *Vering*, Inst. iur. eccles. § 179. sq. — *Durantis* l. c. lib. I. part. 1. 2. 3. 4.; *Tancred.* l. c. P. I. tit. 1. 2.; *Zech*, De iudiciis ecclesiasticis P. I. tit. 1. sq.; *Bouix*, De iud. eccles. tom. I. p. 120. sq. p. 456. sq.; *Muenchen* l. c. tom. I. p. 1. sq. 61. sq.; *Schulte*, Eheproc. p. 1. sq.; *Ferraris* l. c. vv. Iudex, iudicium; *Lehmkuhl*, Th. mor. I. 801. de iudice eiusque adiutoribus; *Fessler*, *Molitor*, l. c. in proleg. — Act. S. Sedis vol. V. p. 35. sq. vol. VI. p. 121. sq. — Quod pertinet ad historiam: *Thomassin* l. c.; *Ponsius*, De antiquitatibus iur. can. secund. titulos Decretalium p. 5. 87. sq.; *Bethmann-Hollweg*, Der Civilprozess des gem. Rechts, 1864.-74.; *Pertile*, Storia del diritto italiano, Storia della procedura, Torino, 1900.; *Menestrina*, Il proc. civ. nello Stato pontificio, in Riv. ital. per le scienze giurid. 1907.; *Roberti*, Le magistrature giudiziarie venete fino al 1300. 1908.

**76. Connexio materiae.** Ordo iudiciarius Ecclesiae, qui secundo libro Decretalium continetur, exorditur a titulo de iudiciis. Qua in re legislatores ecclesiastici non dedignati sunt sequi principum Romanorum constitutiones (4), qui in Dig. V. 1. post titulum de receptis, qui arbitrium receperunt aliosque titulos praeliminares ponunt titulum de iudiciis. Qui titulus sese habet ad instar partis cuiusdam generalis sive transactionis de iudiciis ecclesiasticis in genere. Prae oculis habita divisione supra in prolegomenis § 3. n. 7. proposita, ut pateat, quae sit principalis huius partis secundae materia, inseruimus vocem *iudicis* in rubricam tituli. Multiplices autem quaestiones, quae alias hoc loco tractari solent, more antiquorum et recentiorum scriptorum distinctis titulis videntur resolvendae (5).

**77. Definitiones I.** *Iudicii* nomen multiplices habet significationes et omissis illis, quae licet in iure sint receptae (6), tamen aut obviae sunt aut minus frequentes, imprimis tres iudicii significationes sunt recensendae. Itaque iudicium dicitur:

1) Sententia a iudice lata in fine cognitionis et disceptionis iudicialis (7).

2) Universa procedura (processus) sive legitima controversiae, quae inter actorem et reum antecedit, per iudicem cognitio et definitio. Quo sensu potissimum adhibetur vox iudicii in rubrica h. t. (8).

3) Magistratus sive tribunal a competente auctoritate ad

(4) Cfr. cap. 1. X. de novi oper. nunt. V. 32.

(5) *Durantis*, *Tancred.*, *Zech*, *Bouix* l. c.

(6) *Schmalzgr.* h. t. n. 2.

(7) L. 2. § 1. D. de bonis eorum, qui ante sent. XLVIII. 21.; cap. 4. 14. X. de appell. II. 28.

(8) Cfr. quoque cap. 24. X. de off. et pot. iud. del. I. 29.



ius dicendum constitutum (9). Huiusmodi iudicium sive tribunal essentialiter constat saltem duabus personis scilicet iudice atque actuario (10).

Quae significatio iudicii hoc titulo non est exclusa et intime connectitur cum notione iudicis.

II. *Iudex* vero ecclesiasticus definitur: Persona legitima, quae iurisdictionem habet ecclesiasticam cognoscendi et per sententiam definiendi secundum praescripta iuris canonici litigantium subditorum fidelium controversias (11).

78. **Divisiones.** I. Iudicium ecclesiasticum dividi potest:

1) Ratione *personarum* iudicantium: In *ordinarium* et *delegatum*, prout processus instituitur aut coram iudice ordinario aut coram delegato (12).

2) Ratione *causarum* definiendarum: a) In *spirituale*, quo causae mere spirituales aut causis spiritualibus adnexae disceptantur; et in *temporale*, quo definiuntur causae temporales v. g. de contractibus clericorum. b) In *reale* et *personale*: in priore controversia versatur de iure in rem, in altero de iure in personam. c) In *petitorium*, in quo litigatur de dominio vel de iure; et in *possessorium*, quo quaestio de sola rei possessione vel quasi possessione iuris est dirimenda.

3) Ratione *formae*: In *solemne* et *summarium*. In illo solemnitates ordinis iudiciarii tum iuris naturalis tum iuris positivi accurate servantur, in summario vero servatis solemnitatibus (13), quae iure naturali praescribuntur, eae tantum formalitates iuris humani praetermittuntur, quae celerem litis expeditionem retardant; reliquae solemnitates iuris humani etiam in processu summario debent observari (14).

(9) Const. 3. Cod. Th. de postul. II. 10.; Const. 9. Cod. Th. de iurisd. II. 1.; *Muenchen* l. c. I. p. 62.

(10) Cfr. cap. 11. X. de probat. II. 19.; cap. 28. X. de test. II. 20. Promotor iustitiae saltem in foro ecclesiastico nequit haberi tamquam persona, quae ipsi tribunali ecclesiastico adnumerari possit. Est enim essentialiter *pars* in iudicio, quae propter bonum publicum, modo ut actor, modo ut defensor ex officio causam sustinet, atque necessario interdum in iudicio intervenire debet, v. g. defensor matrimonii. At si nimium extendatur potestas promotoris iustitiae, id nonnisi cum detrimento dignitatis et independentiae iudicis et violatione iustitiae fieri potest.

(11) *Sanguineti* l. c. p. 397.; *Archiv f. k. KR.* tom. 41. p. 335., *Muenchen* l. c. I. p. 19.; *Schmalzgr.* lib. I. tit. 32. n. 1.; *Hefele*, Conciliengesch. II. p. 420.

(12) *Vering*, *Gesch. u. Pand.* § 114. II.

(13) *Schmalzgr.* h. t. n. 4. 10.

(14) Cfr. cap. 2. de iudic. II. 1. in Clem.; cap. 2. de V. S. V. 11. in Clem.;

4) Ratione *finis*: In *contentiosum* sive civile vel litigiosum, in quo principaliter intenditur commodum proprium sive privatum actoris, etiamsi actio oriatur ex delicto; et in *criminale*, in quo de crimine agitur principaliter ad vindictam publicam.

79. II. Omissis divisionibus obsoletis iudicum ex iure Romano depromptis (15), veri *iudices* ecclesiastici dividuntur:

1) Ratione *originis* potestatis iudicialis sive iurisdictionis: In iudices iuris divini, velut R. Pontifex, et in iudices solo iure humano constitutos, v. g. Metropolitae (16).

2) Ratione *qualitatis* iurisdictionis: In iudices ordinarios et delegatos et mandatos (17).

3) Ratione *compositionis* tribunalis: In iudices singulares, v. g. Episcopus, et in iudices collegiales, v. g. Rota Romana (18).

4) Ratione *gradus* in hierarchia iudiciali: In iudices supremos sive maiores, a quibus appellatio sensu stricto non datur, e. g. R. Pontifex, in medios, velut Metropolitae, in inferiores vel minores sive primae instantiae, v. g. Episcopi (19).

5) Ratione *relationis* iudicum eiusdem tribunalis: In iudices *principales*, et iudices *instructionis* sive commissarios, auditores, assessores, referendarios, relatores, ponentes (20).

Act. S. Sedis vol. VI. p. 38. sq.; *Pirhing* h. t. n. 100. sq.; *Bouix* l. c. tom. II. p. 303. sq.; *Vering*, Inst. iur. eccl. § 184.; *Briegleb* l. c. p. 15. sq.

(15) *Schmalzgr.* lib. I. tit. 32. n. 2.; *Vering*, Gesch. u. Pand. § 105.

(16) *Bouix* l. c. tom. I. p. 121.

(17) Cfr. Decretal. Gregor. IX. lib. I. tit. 29. 31.; *Bouix* l. c. p. 142. sq. p. 459. sq.; *Vering*, Instit. iur. eccl. § 182. Iudices delegati dividuntur: 1. In iudices delegatos a iure, et in iudices delegatos ab homine. 2. In iudices delegatos singulares, et in iudices delegatos collegialiter, aut simpliciter aut in solidum, sive absolute sive conditionate. 3. In iudices delegatos speciales, et in iudices delegatos ad universalitatem causarum. 4. In iudices delegatos ratione officii, et in iudices delegatos ratione personae. 5. In iudices delegatos immediate ab Ordinario vel a iure, et in iudices subdelegatos ab alio delegato. Cfr. *Schmalzgr.* l. I. tit. 29. n. 1.-8.; *Scherer* l. c. I. p. 416. Quoniam hoc loco de solo *iudice* delegato agitur, qui ad exercendam iurisdictionem *contentiosam* sive potestatem *iudicalem* deputatur, universam disputationem de *delegato* ad iurisdictionem *voluntariam*, sive alios quoscunque actus administrationis ecclesiasticae, commentatoribus lib. I. tit. de off. et pot. iud. del. relinquimus. Cfr. *Wernz*, Jus Deer. II. 550. sq.

(18) Cfr. *Ferrari*, Summa inst. canonic. tom. II. p. 400.; *Bouix* l. c. p. 469.; *Molitor* l. c. p. 268. sq.

(19) L. 5. Cod. de offic. rector. prov. I. 40.; Novell. 23. cap. 3.; cap. 27. § 2. X. de off. et pot. iud. del. I. 29.; cap. 3. § 1. de appell. II. 15. in Sext.

(20) Cap. 27. §§ 1. 2. X. de off. et pot. iud. del. I. 29.; cap. 18. X. de sent. et re iud. II. 27.; Instr. S. C. Ep. et. Reg. 11. Iun. 1880. art. 12.; *Schmalzgr.* l. c. I. I. tit. 32. n. 2., lib. II. tit. 1. n. 14. 15.; *Bouix* l. c. p. 459. sq.; *Schulte*, Eheproc. § 11.; Instr. Card. Rauscher § 140. sq.

6) *Ratione materiae*: In iudices *criminales*, et *contentiosos* sive civiles, a quibus interdum distinguuntur iudices matrimoniales propter specialia tribunalia interdum constituta ad solas causas matrimoniales cognoscendas (21).

7) *Ratione competentiae*: In iudices competentes, et incompetentes (22).

§ 1. DE CONSTITUTIONE ET ORDINATIONE  
IUDICIORUM ECCLESIASTICORUM

**I. De vera iurisdictione iudiciorum ecclesiasticorum (23).**

80. Christus Dominus, postquam S. Petro (Cfr. Matth. XVI. 17.-19.) supremam plenamque potestatem regendi Ecclesiam promisit, solemnibus verbis (Ioann. XXI. 15.): “*Pasce agnos meos, pasce oves meas.*”, illam promissam potestatem concessit; similique ratione, quam Apostolis (Matth. XVIII. 18.) pollicitus fuerat potestatem, eandem postea (Matth. XXVIII. 14.-18.) elargitus est. Qua in potestate regendi, ut ex ipsis verbis efficitur, et comprobatur agendi modo Apostolorum (Act. Apost. XV. 28.; XX. 28.; I. Corinth. XI. 2. 33. 34.; I. Timoth. II. III.) luculentisque testimoniis SS. Patrum (24), constanti atque universali praxi Ecclesiae necnon solemnibus definitionibus ecclesiasticis (25), vera atque perfecta potestas legifera continetur.

81. At profecto inanis et inefficax huiusmodi fuisset concessio, nisi vera quoque potestas iudicialis Ecclesiae data fuisset (26). Quod ipsa Christi Domini sapientia commendatur, id disertis suis verbis multo magis fit manifestum. Ipse

(21) Cfr. Instr. Pragens. an. 1869. § 1.

(22) Cfr. lib. II. Decretal. tit. de foro competente.

(23) Cfr. *Zech* l. c. tit. 2. de iurisdictione; *Schmalzgr.* l. c. lib. I. tit. 32. n. 4. sq. de iurisdictione iudicis; *Bouix*, De principiis iur. canonici p. 544. sq. de iurisdictione.

(24) *Dion. Petavius* († 1652.), De eccles. hier. lib. III. cap. 9. sq.

(25) Conc. Florent. Decret. union. Graecor. in Eugenii IV. Const. “*Lae- tentur coeli*” 6. Iul. 1439.; Pii VI. Const. “*Auctorem fidei*” prop. 4.; Conc. Vatic. Const. “*Pastor aeternus*”.

(26) Cfr. cap. un. de statu regular. § 4. III. 16. in Sext.: “*Et quoniam parum esset condere iura, nisi essent qui ea executioni debitae demandarent....*”; quae verba desumpta videri possunt ex L. 2. § 13. D. de origin. iuris l. 2.: “*Quantum (alut. parum) est enim ius in civitate esse, nisi sint, qui iura regere (alut. reddere) possint*”. Confer etiam Ioann. XXII., qui cap. un. de iudiciis II. 1. in Extrav. comm. scribit: “*Quia igitur parum esset iura condere, nisi qui ea tueatur existat*”.

enim (cfr. Matth. XVIII. 14.-18.), dedit Ecclesiae suae, non synagogae, potestatem publicam forique externi a populo distinctam Apostolisque propriam, qua vel ipsam poenam exclusionis ab Ecclesia decernerent in contumaces invitosque peccatores (27). Et profecto Apostoli, qui a Christo Domino infallibiles quoque magistri Ecclesiae constituti fuerunt, et verbis et factis se potestate iudiciali instructos esse solemniter docuerunt. Cfr. S. Paul. I. Corinth. V. 3. 12. 13. contra incestuosum; I. Timoth. V. 19., ubi discipulo suo Timotheo praescribit modum accipiendi accusationem contra presbyterum (28). Primi Ecclesiae pastores, qui, vita functis Apostolis, in eorum locum successerant, constanter potestatem iudicalem Ecclesiae vindicarunt et vera habuerunt iudicia de rebus ecclesiasticis (29) in foro externo. Quae praxis praeclare confirmatur can. 74. 75. Apostol. (30), et testimonio S. Cypr. in epist. [55]. ad Corn. (31), Tertulliani in Apolog. cap. 39. (32), S. Augustini serm. 351. n. 10. (33), Conc. Eliberit. (a. 305.-6.) c. 74. 75., Conc.

(27) *Palmieri*, De R. Pont. Proleg. § 19.

(28) Ut testimonium quoddam adducatur ab iis, qui foris sunt, de potestate iudiciali Ecclesiae catholicae vere nativa et propria, iuvat citare verba *Renaud* l. c. § 22. « Als Staatshoheitsrecht gehoert alle Gerichtsbarkeit, mit Ausnahme derjenigen der katholischen Kirche, dem Traeger der hoechsten Staatsgewalt und beziehungsweise Landesherrn an (Gerichtsherrlichkeit, iurisdiclio sublimis, eminens) ». A qua iurisdictione sublimi idem scriptor mox distinguit iurisdictionem vicariam vel subalternam et in nota haud sine ironia subiungit: « Eine solche *abgeleitete* Gerichtsbarkeit haben auch die Patrimonialgerichte.... und nicht weniger die *protestantischen geistlichen* Gerichte ». *Wetzell* vero l. c. § 32. fatetur: « Diese Anschauung (scil. dass, der Regel nach, der Bann die Acht und umgekehrt die Acht den Bann zur Folge haben sollte) gehoert freilich einer vergangenen Zeit an; gleichwohl beruht sie auf dem noch heut zu Tage richtigen Gedanken, dass die *kirchliche Gerichtsbarkeit keine von Staat verliehene, sondern eine urspruengliche ist* ».

(29) Utrum Episcopi primis saeculis in causis mere civilibus fidelium (cfr. I. Cor. VI. 1. sq.; *Devoti*, Inst. canon. lib. III. tit. 1. § 14. sq.) veri iudices fuerint propria iurisdictione ecclesiastica instructi, an potius arbitri extiterint, et postquam Imperatores facti sunt christiani, ad summum in istis causis civilibus fidelium laicorum iurisdictionem quandam civilem obtinuerint ex concessione Imperatorum, cum quaestione supra tractata confundendum non est. Cfr. de praxi etiam recentiori Synod. Montis Libani (a. 1736.) (Collect. Lac. tom. II. p. 106. 107.).

(30) *Hefele*, Conciliengesch. tom. I. p. 823.; Constit. Apostolic. lib. II. cap. 11. 12. 37. 38. 42. 43. 46. 47. 48. 49. text. graec.; *Card. Pitra*, Iur. eccl. Graec. Hist. tom. I. p. 140. sq.

(31) *Migne*, P. L. tom. 3. p. 795. sq.

(32) *Migne* l. c. tom. 1. p. 467. sq.

(33) *Migne* l. c. tom. 39. p. 1545. sq.

Arelat. (a. 314.) c. 13. 14. (34); maxime vero ex causis haeticorum, quae in ipsis Conciliis oecumenicis agitatae, forma sententiaeque vere iudiciali fuerunt decisae, velut causa Arii in Conc. Nicaeno (325.), causa Nestorii in Conc. Ephesino (431.), causa Dioscori in Conc. Chalced. (451.) (35). Quodsi potestas iudicialis Ecclesiae sese ad delicta punienda extendit, multo magis ad alias lites et controversias ecclesiasticas definiendas sive ordinis publici sive iuris privati fuit competens (36).

Cum inde a Gregorio M. totoque medio aevo dubium existere non possit de potestate iudiciali constanter ab Ecclesia exercitata, ut luculenter deducitur ex collectionibus Decretalium, reliquum est, ut coronidis loco illae recentiores constitutiones pontificiae et decreta Conciliorum denuo commemorentur, quibus Ecclesia pro sua praerogativa infallibilis magisterii infallibiliter quoque definiendi vim et ambitum suae potestatis, sua sibi iura solemniter vindicavit. Horum documentorum praecipua afferimus in nota (37). Atque haec insinuasse sufficiat, ne ex professo fiat disputatio de potestate iudiciali Ecclesiae.

(34) *Hefele* l. c. p. 188. sq., 211. sq.

(35) *Hefele* l. c. p. 317. tom. II. p. 182. sq. p. 444. sq. et quae praeclare de hac materia disputat *Devoti*, Inst. can. lib. III. tit. 1. contra Morinum; *Fessler* in opuscul. cit.: *Der can. Process* etc.

(36) Cfr. c. 9. Conc. Chalced. (a. 451.); c. 6. 7. Conc. Nicaen. (a. 325.). Quod positivis argumentis est comprobatum, id supposita institutione Ecclesiae confirmari quoque potest ipso iure naturae. Nam quamvis ex iuris naturalis sanctionibus in societate quadam perfecta nequaquam per iudicia proprie dicta omnia delicta sint coercenda aut omnes lites dirimendae, tamen societas quaedam perfecta, spectata magna multitudine delictorum et litium, quae in praesenti conditione naturae lapsae necessario existunt, sine vera quadam potestate iudiciali verisque tribunalibus existere et conservari nequit. At in administranda iustitia formae quaedam et solemnitates adeo necessariae sunt, ut nisi serventur, in nulla societate humana substantia iusti rectique iudicii haberi possit. Quare ex ipso iure naturali etiam in Ecclesia illae formae in exercitio potestatis iudicialis requiruntur. Cfr. *Bouix*, De iud. eccl. tom. I. p. 6. sq. p. 15.

(37) Cfr. Ioannis XXII. Const. „*Licet iuxta doctrinam*“; Conc. Trid. Sess. XXIV. Doctr. de sacram. matr. can. 12.; Benedicti XIV. Const. „*Ad assiduas*“; Pii VI. Const. „*Auctorem fidei*“ prop. 4.; Pii IX. Const. „*Ad Apost. Sed.*“ 22. Aug. 1851. (Syllab. Pii IX. prop. 24.); Pii IX. Const. „*Quanta cura*“; Syllab. Pii IX. prop. 19. sq.; Conc. Vatic. sess. 4. cap. 3.; Leon. XIII. Const. „*Immortale*“ 1. Nov. 1885.



## II. De forma et compositione iudiciorum ecclesiasticorum.

82. Iuxta Evangelii testimonia primatus iurisdictionis in universam Ecclesiam immediate et directe Beato Petro Apostolo promissus et collatus fuit a Christo Domino. Qua ordinatione Christus Dominus cum primatum S. Petro collatum in perpetuam salutem Ecclesiae constituisset, formam regiminis non solum verae perfectaeque societatis, sed perfectae quoque monarchiae constituit. Quare S. Petrus eiusque legitimi successores, Romani Pontifices, etiam supremam et plenam potestatem iudicalem in primatu iurisdictionis necessario contentam iure divino consecuti sunt (38). Quae suprema et plena potestas iudicialis Romani Pontificis in rebus ecclesiasticis neque antiquis limitibus a Gallicanis aliisque confictis est coarctanda, neque novis illis regis cuiusdam constitutionalis (39). Nequaquam enim Rom. Pontifex ab omni fere exercitio saltem personali huius potestatis est exclusus, neque in licito validoque usu illius a consensu et suffragiis decisivis maioris partis qualiscumque collegii iudicum pendet; verum sicut praesertim in legibus ferendis comparatur merito "Principi libero et agenti in universa Ecclesia" (monarchia) (40), ita eadem comparatio optimo iure applicatur Rom. Pontifici tanquam vere singulari, supremo universalique iudici Ecclesiae catholicae (41).

83. Verum ex plenitudine huius potestatis iudicialis inferri nequit, Rom. Pontificem in cognoscendis et definiendis causis opera consiliariorum non uti, aut legibus ab ipso Deo

(38) Cap. 13. X. de iud. II. 1.; Conc. Vatic. Sess. IV. Const. "*Pastor aeternus*" cap. 1. 2. 3.; Innoc. I. (404.) epistol. ad Victric. cap. 4.; c. 8. (Leo. I. 446?) C. III. q. 6.; Nicolaus I. (865.) in c. 123. C. I. q. 1. et c. 21. C. IX. q. 3.; part. decis. cap. 19. X. de elect. I. 6. cum *Tancred.* l. c. tit. de iudicib. ord. § 1.; Pii II. Const. "*Execrabilis*" 18. Ianuar. 1460., edita in conventu Mantuano contra nimium iam grassantem errorem et abusum appellandi a Romano Pontifice ad futurum Concilium oecum. *Card. Herogenroether*, Conciliengesch. (Hefele) tom. VIII. p. 123.

(39) Sua utilitate etiam in hac materia non caret studium historiae. Inde enim efficitur, tempore medii aevi reges praesertim Francorum aliorumque populorum in iudiciis exercendis minime fuisse reges constitutionales. Cfr. *Waller*, Deutsche Rechtsgesch. § 618. sq.; *Wetzell* l. c. § 33.; L. 4. Cod. de leg. I. 14.

(40) Cfr. Syllab. Pii IX. prop. 34.; cap. 17. de elect. I. 6. in Sext.

(41) Cfr. Pii VI. Const. "*Super soliditate*" 28. Nov. 1786.

supremo cuique iudici datis esse solutum. Hinc a primis saeculis Rom. Pontifex suum habuit presbyterium (42), atque adeo graviores controversias nonnisi convocatis Synodis (43), etiam generalibus, diremit (44). Quamvis Romani Pontifices non omiserint personaliter fungi officio supremi iudicis in examinandis et diiudicandis causis ad suum tribunal delatis (45), tamen, aucta litium multitudine et difficultate, non raro partibus auditores deputarunt (46), qui causam instruerent (47) et forte etiam definirent (48). Quae praxis celeberrimo tribunali Rotae originem dedit, quae, ad instar ordinarii et stabilis tribunalis sive collegii iudicum, iustitiam in Curia Romana administravit. Rotae, tanquam ordinaria quaedam tribunalia ad ius dicendum, accesserunt Camera Apostolica et Signatura iustitiae.

Istorum tribunalium splendor multum imminutus est et paulatim potius ad tribunalia Status Pontificii redacta sunt, postquam ex saeculo 16. stabiles illae et perpetuae commisiones sive Congregationes Cardinalium fuerunt institutae. Ex illis enim Congregationibus, quae ordinariam quandam habent iurisdictionem, non paucae iudiciali quoque potestate a Rom. Pontifice fuerunt donatae et vera exiterunt tribunalia ad decidendas causas litigiosas et criminales (49). Iurisdi-

(42) Cfr. *Phillips*, Ius eccles. t. VI. p. 1. sq.

(43) Cfr. Synod. Rom. (341.-42.) sub Iulio I. (causa S. Athanasii); Synod. Rom. sub Damaso I. (376.); Conc. Lat. II. sub Innoc. II. (1139.); Conc. Later. IV. sub Innoc. III. (1215.); Conc. Lugdun. I. sub Innoc. IV. (1245.) (causa Feriderici II.); Conc. Lugdun. II. sub Gregorio X. (1274.) (causa Episc. Leod. aliorumque Praelator.); Conc. Vienn. sub Clem. V. (1311.) (causa Templariorum); Conc. Florent. sub Eugen. IV. (1439. sq.) (causa Felicis Antipapae). Cfr. de his causis *Hefele*, Conciliengesch. suis locis.

(44) Quae *Hinschius*, System d. k. Kirchenr. § 32. de presbyterio Romano et de "nota" immutatione constitutionis ecclesiarum saeculo 3. asserit et inefficacibus argumentis probare tentat, omni fundamento carent. Cfr. de vera doctrina catholica historice probata: *Brueck*, Lehrb. des Kirchenr. (History of the cath. Church, Manuel de l'histoire de l'Eglise, Institutioni di storia ecclesiast.) § 18. sq. Mainz (Mogunt.) 1888.

(45) Cap. 36. X. de elect. I. 6.

(46) Cap. 16. X. de elect. I. 6.

(47) *Durantis* l. c. libr. I. partic. 1. tit. de auditore.

(48) Cap. 13. X. de renunciati. I. 9.

(49) Leges quoque italicæ, quae vulgo dicuntur: Guarentigie Pontificie art. 8.-10. "videntur" recognoscere libertatem illorum tribunalium uriae Romanae. Cfr. Archiv f. k. KR. tom. 54. p. 167. sq. Commentarium in istas leges (guarentigie), animo Ecclesiae infenso nec sine apparatu quodam historico et iuridico, scripsit *Scaduto*.

ctionem contentiosam praesertim exercuerunt: 1) Congregatio S. Officii; 2) Congregatio Cardinalium Concilii Tridentini interpretum; 3) Congregatio super negotiis Episcoporum et Regularium; 4) Congregatio Sacrorum Rituum; 5) Congregatio de Propaganda Fide. Quae Congregatio, si excipias Poenitentiarum, reliquas Congregationes aliaque tribunalia pro regionibus suae iurisdictioni subiectis ordinarie supplavit (50).

Nostra aetate post Pii X. Constit. „*Sapienti consilio* „ 29. Iun. 1908., quamvis de *mutuo* consensu partium possint Congregationes videre etiam causas iudiciales, quas tamen procedendi modo sibi proprio, idest administrativo modo, debent cognoscere, per se tamen eae non sunt praeditae potestate iudiciali, si tamen excipias: 1) Congregationem S. Officii in causis haeresis et aliis sibi exclusive reservatis et propriis; 2) Congregationem de Prop. Fide pro negotiis ritus orientalis; 3) Congregationem SS. Rituum pro causis beatificationis et canonizationis; 4) et sub aliquo respectu Congregationem de Sacramentis pro causis de matrimonio rato et non consummato (51).

(50) Antiquius etiam S. Congr. Iurisdictionis et Immunitatis ecclesiasticae diremit controversias inter iudicia ecclesiastica et civilia. Cfr. Anal. iur. pont. I. 2270. Quare sese habebat ad instar tribunalis illius supremi, quod non raro in foro saeculari resolvere debet „*conflictus competentiae* „ inter diversa dicasteria et collegia iudicum eiusdem regni. Instituta fuerat haec Congregatio per quamdam constitutionem Urbani VIII. quae reperiri non potest (Scherer I. 515. remittit ad Moroni Dizion. 16. 151. sq. praes. 208.). Quoniam posteriori aetate quaestiones de foro exempto cleri, de immunitatibus realibus etc. nonnisi raro fuerunt practici momenti, haec Congregatio ob paucitatem negotiorum aliis prius incorporata est, nunc autem Constitutio „*Sapienti consilio* „ de ea omnino silet. Exemplum practicum resolutionis huius S. Congregationis diei 29. Maii 1838. in causa ex Statu Pontificio proposita refertur in Act. S. Sed. vol. II. p. 427.-31. Cfr. quoque Ricci, Synopsis decretor. et resolut. S. Congr. Immunit. 2. vol. Taurini, 1719.

(51) Pro nostro scopo commemoranda quoque sunt illa collegia iudicum ecclesiasticorum, quae tribus distinctis gradibus Motu proprio Leonis XIII. d. 25. Maii 1882. (cfr. Acta S. Sed. vol. XV. p. 193. sq.; Archiv f. k. KR. vol. 49. p. 284. sq.) in Aedibus Vaticanis instituta sunt ad dirimendas controversias, quae nasci possent, contractuum aliarumve rerum causa, cum administratione Aedium earundem. Quae sit illorum collegiorum iudicum ordinatio et procedura statutis praeliminaribus praescribitur, quae in Act. S. Sed. vol. XVI. p. 296. sq. (sine die et anno et auctore) reperiuntur impressa. Cfr. quoque Arch. f. k. KR. tom. 54. p. 287. sq. de relatione territorii Vaticani et tribunalium illius ad regnum Italiae et in eod. Arch. I. c. p. 167. sq. universim de litteratura atque ratione legislationis ecclesiastico-politicae Italiae.

84. Haec quidem hactenus, ut rerum connexio pateat, relictæ uberiore explicatione ordinationis et praxis Curiae Romanae commentatoribus libri I. tituli 31. de officio (iudicis) ordinarii (52). Hoc tamen non obstante, non abs re futurum videtur, si quid hic magis in particulari addamus de constitutione tribunalium Apostolicorum secundum praescripta Const. “ *Sapienti consilio* „, qua Pius X. sapientissime novam induxit ordinationem Curiae Romanae, quae aetatis nostrae necessitatibus et exigentiis magis responderet.

Principium autem fundamentale, quo regitur Constitutio, illud est, ut ad cōmpetentiam uniuscuiusque dicasterii ecclesiastici in Curia melius internoscendam et determinandam apte distinguantur dicasteria, quae ad iudicalem exercendam potestatem sunt constituta, ab iis, quibus demandata est potestas sive administrativa sive executiva. Hinc distinctis Congregationibus, Tribunalibus et Officiis, illis negotia administrativo modo pertractanda, istis negotia iudicialia seu lites iudiciario ordine cognoscendae et dirimendae, his tandem negotiorum executio in primis fuit commissa.

Quum autem administrativo ordine procedendum sit semper, quando non agitur de laesione alicuius iuris, sed solum de laesione alicuius *interesse*, hinc est quod ad tribunalia et proinde etiam ad tribunalia Apostolica recurri nequit, quando quis *ius* quoddam suum non persequitur sed recursum tantum interponere vult contra provisionem aliquam administrativam seu contra decretum immediati Superioris. Ad hoc praesto sunt non tribunalia, sed Romanae Congregationes.

His autem relictis, de quibus actum est in vol. II. n. 651. sq., de ipsis tribunalibus sermo hic esse debet. Porro tribunalia enumerantur in citata constitutione Piana tria, scilicet: S. Poenitentiaria, S. Rom. Rota, Signatura Apostolica. Quum iurisdictio S. Poenitentiariae “ coarctetur ad ea, dumtaxat, quae forum internum, etiam non sacramentale, respiciunt „, de ea alibi agendum est. Restat igitur ut de Rota et de Signatura hic loquamur.

(52) *Santi* et *De Angelis* l. c. lib. I. tit. 31. et omissis veteribus et obsoletis quibusdam scriptoribus: *Bouix*, De Curia Romana; *Bangen*, D. roem. Curie; *Phillips*, Kirchenr. tom. VI.; *Scherer* l. c. § 85. sq.; *Analect. Iur. Pont.* II. 2230. sq.; *Archiv f. k. KR.* tom. 11. p. 410. sq.; *Stremier*, Traité des... congrégations romaines p. 477. sq. Cfr. quoque scriptores, qui de novissima Piana Curiae reformatione scripserunt, relatos supra n. 17. 6.



85. De S. Rom. Rota. — Relictis iis, quae ad originem et ad evolutionem historicam istius tribunalis pertinent, quaeque iam praeoccupata sunt partim in vol. II. n. 669. sq., partim hic in superioribus, de hodierna compositione et modo procedendi instaurati tribunalis sit sermo. Rota igitur nunc ex lege propria Rotae, quae Pianae constitutioni est adiecta, constat decem Auditoribus a Rom. Pontifice libere electis.

Hi collegium constituunt, cui praesidet Decanus, qui primus est inter pares, et cui ipso iure succedit in officium qui primam sedem post ipsum occupat. Sedent autem singuli ratione antiquioris nominationis et in pari nominatione ratione antiquioris ordinationis ad sacerdotium et in pari nominatione et ordinatione presbyterali ratione aetatis (53).

(53) Iuverit hic addere enumerationem privilegiorum quae ad maiorem certitudinem, ne scilicet dubia haberentur circa existentiam vel non existentiam quorundam privilegiorum Auditoribus Rotae iamdiu concessorum, novissime recognovit SS. DD. Pius PP. X., et quae hucusque non sunt publicata :

« Privilegia Dominorum Auditorum Sacrae Romanae Rotae ».

1. Domini Auditores, sunt *Familiares, Domestici et Commensales et Capellani Papae* : « .... declaramus, praefatos Auditores a tempore quo ad apicem fuimus Apostolatus assumpti, nostros Familiares, Domesticos, Commensales ac nostros et Sedis praedictae speciales ac veros Officiarios fuisse ». Benedictus XII., Motu Proprio, 1. Oct. 1335. « *Cum sicut accepimus* ». Et Martinus V. per Breve « *Romanum decet Pontificem* », ann. 1428., eos declarat : « Omnes et singulos Auditores praedictos praesentes et futuros, quamdiu in Romana Curia praesentes fuerint, ipsius Sedis *Officiales*.... nec non eorundem Pontificum et Sedis *Capellanos* ac *Familiares, Domesticos* et continuos *Commensales* fore atque censi debere.... » Quod Breve approbatum fuit et confirmatum ab Eugenio IV., Sixto IV., Clemente XIII., Clemente XIV. Proinde DD. Auditores sunt eo ipso quod in Collegium cooptantur, Antistites Urbani seu Praelati Domestici et iuribus et privilegiis eisdem competentibus fruuntur.

2. *Sunt exempti, immunitate personali, ab Ordinariorum iurisdictione*, iuxta concessionem Clementis VI. per Const. diei 1. Iul. a. 1349. quam confirmavit Clemens VII., Bulla « *Convenit aequitali* » diei 5. Aug. 1525., edicens, DD. Auditores immunes « *ab omni iurisdictione, correctione, visitatione.... et potestate* quorumcumque Legatorum etiam a latere ac Archiepiscoporum, Episcoporum, Praelatorum et Ordinariorum, illorumque Vicariorum, Officialium, Locatenentium, Iudicum etiam a S. Sede deputationum nunc et pro tempore existentium ». Quare, salva competentia S. Signaturae Apostolicae in casibus expressis Const. « *Sapienti consilio* », *Lex propria*, can. 37., adversus DD. Auditores nullimode potest procedi, multo minus ad poenarum applicationem, nisi antea venia obtenta sit a Rom. Pontifice, de qua in scripto documento constare debet, quaeque nullimode praesumi potest; secus quae gesta sunt, nullitatis vitio laborant.

3. *Gratis ipsi recipiunt* Litteras Apostolicas aut in forma Brevis aut



Auditoribus singulis dati sunt Adiutores studii, unum scilicet pro unoque Auditore, ab ipso Auditore, probante Rotali

quacumque alia forma expeditas quibus vel nominantur et deputantur S. R. Rotae Auditores atque in Rotale Collegium cooptantur, et Antistites Urbani renunciantur; vel eisdem DD. Auditoribus gratiae quaecumque aut officia aut beneficia conferuntur. Hoc indulsit Leo X., Bulla 15. Apr. 1513., « *Sedis Apostolicae providentia* ». Privilegium confirmarunt Paulus III. per Breve diei 17. Aug. 1537.; et Clemens X. per Breve diei 19. Ian. 1671.; utrumque Breve incipit: « *Romani Pontificis consueta benignitas* ».

4. *Ius habent recitandi horas canonicas anticipatis vel posticipatis horis*: « Eisque et eorum cuilibet, ut quoad vixerint, quoties eis placuerit per se ipsos, aut cum uno vel duobus sociis, etiam familiaribus suis, per eos pro tempore eligendis, *horas canonicas* diurnas pariter et nocturnas ac alia divina officia, secundum usum et morem Romanae Ecclesiae, etiam *anticipatis vel posticipatis horis, dicere et recitare* libere et licite valeant ». Clemens VII., « Bulla *Convenit aequitati Romani Pontificis* », 5. Augusti 1525.

5. *Ius habent eligendi sibi confessarium*: « Quod ipsi... aliquem presbyterum saecularem vel cuiusvis Ordinis regularem... possint eligere confessorem, qui vita eis comite in casibus S. Sedi reservatis... semel singulis annis, et quoties de eorum morte timendum extiterit: in aliis vero quoties fuerit opportunum, confessione eorum diligenter audita, pro commissis eis debitam absolutionem impendat, et iniungat poenitentiam salutarem ». (Idem, l. c.) — Indultum comprehendit *casus etiam sp. modo reservados*.

« Necnon *vota quaecumque* (ultramarino, liminum Apostolorum Petri et Pauli ac S. Iacobi in Compostella ac castitatis et religionis votis dumtaxat exceptis) in alia pietatis opera commutare valeat... », nempe presbyter, uti supra, electus (Id., l. c.).

6. *Ius habent altaris portatilis et oratorii privati cum facultate missam celebrandi ante diluculum et per horam post meridiem quod Missae Sacrificium valeat etiam in praecepti adimplementum*. « Liceat eis habere altare portatile cum debitis reverentia et honore, super quo in locis ad hoc congruentibus et honestis, sine iuris alieni praedjudicio... ». (Idem, l. c.).

« Et cum qualitas negotiorum pro tempore ingruentium id exegerit, etiam antequam elucescat dies, circa tamen diurnam lucem... ». Idem, l. c.).

« Ut singuli Auditorum domi propriae habitationis, nedum in Urbe, sed etiam in quibusvis civitatibus et dioecesibus in quibus eos pro tempore commorari contigerit, altare sacra suppellectili instructum, ac in decenti loco, ab omnibus domesticis usibus libero, erigere et super illud sacrosanctum sacrificium Missae, bis diebus singulis, etiam festis solemnioribus et ante diluculum et per horam post meridiem, absque aliqua Ordinariorum visitatione et licentia, in eorum tamen praesentia, per quoslibet sacerdotes saeculares, aut cuiusvis ordinis regulares celebrari facere, aut eorumdem sacrorum alterum, per seipsum, quatenus presbyteri sint, celebrare libere et licite valeant. Quod quidem Missae sacrificium, in praecepti adimplementum, etiam quibuscumque personis tunc praesentibus plenarie suffragetur, perpetuis futuris temporibus concedimus et indulgemus ». Clemens XIII., Breve 27. Aug. 1762. « *Etsi iustitia in qua virtutis*

collegio, et accedente consensu Summi Pontificis, electo, qui manet in munere ad nutum sui Auditoris.

*splendor est maximus* „. Clemens XIV., hoc privilegium confirmavit, Const., „*Cum primum supremo*“, diei 15. Iun. 1770.

7. „Et si forsan ad loca ecclesiastico *interdicto*, tam ordinaria quam apostolica auctoritatibus supposita, ipsos declinare contigerit, *in illis clausis ianuis, non pulsatis campanis et submissa voce*, excommunicatis et interdictis exclusis, in eorum et in familiarium suorum domesticorum ac sex aliarum personarum utriusque sexus per eos et per eorum quemlibet eligendarum praesentia, dummodo ipsi vel illi causam non dederint interdicto, nec id eis contigerit quod specialiter interdicti possint, per seipsos qui Presbyteri fuerint, aut proprium vel alium sacerdotem idoneum saecularem vel regularem, *Missas et alia officia celebrare seu celebrari facere* et ecclesiastica sacramenta recipere, ac eorum tempore interdicti huiusmodi *decedentium corpora ecclesiasticae tradi possint sepulturae* etiam cum aliqua funerali pompa „. Clemens VII., Bulla „*Convenit aequitati Rom. Pont.*“, 5. Aug. 1525.

8. RR. DD. Auditores facultatem habent, sive in Urbe sive extra Urbem, celebrandi missam in Ecclesiis et Oratoriis publicis quin exhibeant litteras commendatitias, vulgo nuncupatas *celebret, exeat* — vel quocumque alio nomine. — Rectores autem Ecclesiarum si eos non cognoscant, tantum exigere possunt ut per litteras aut per attestationem alicuius personae aut quocumque alio modo se cognoscere faciant, uti S. R. Rotae Auditores.

9. *Facultatem habent utendi lacticiniis nec non carnibus, in diebus quibus hisce uti ac vesci prohibitum est.* Ex Const. cit. Clementis VII., „*Convenit aequitati*“, : „Eisque et eorum cuilibet, ac eorum familiaribus praedictis vel diebus et temporibus quibus usus carniurn, ovorum, casei et butyri et aliorum lacticiniorum est prohibitus, eisdem ovis, caseo et butyro et aliis lacticiniis, ac... carnibus uti et vesci“, — permittitur, quoties ipsi id conveniens et opportunum in Domino iudicaverint.

10. *Participant privilegia Referendariorum.* Paulus III. concessit eis omnia privilegia Referendariorum, per Breve 17. Aug. 1537., „*Romani Pontificis consuetudine benignitas*“, : „Concedimus et indulgemus, ac privilegia et gratias dilectis filiis Referendariis Nostris seu eorum Collegio concessa et in posterum concedenda, illa... cum eisdem Auditoribus et Locatenentibus ac eorum Collegio... communicamus seu illa de novo eis concedimus“.

Quae privilegia, inter alia, sunt: a/ Nobilitatis et Comitatus Palatinorum et Lateranensium; b/ gestandi arma pontificia cum insigniis suae domus; c/ creandi Notarios; d/ utendi mitra, baculo pastoralis, dandi benedictionem intra Missarum solemnia; e/ recitandi, ordine postposito, horas canonicas.

11. *Sunt Subdiaconi Apostolici.* „Dilectos filios Capellanos... Auditores, nunc et deinceps perpetuis futuris temporibus existentes, Subdiaconos Apostolicos... tenore praesentium facimus, creamus, constituimus et declaramus, ipsumque praefatorum Auditorum Collegium... in locum Subdiaconorum... suppressorum et abolitorum, respective cum eodem omnino onere assistendi et inserviendi, tam in Capella nostra quam in aliis locis, in quibus Nobis praesentibus divina celebrabuntur officia, Ecclesiis

Hi quamvis ad dignitatem iudicis nullo modo pertingant, quum tamen ratione auxilii, quod Auditori suo praestant,

neon processionibus caeterisque functionibus pontificiis, ad quod dicti Subdiaconi ratione suorum officiorum ante illorum suppressionem et extinctionem quomodolibet tenebantur et obligati erant, et cum omnibus et singulis honoribus, praerogativis, praecedentiis quae de iure aut.... consuetudine Subdiaconis Apostolicis competeant. Alexander VII. Bulla 27. Oct. 1655., "*Nuper certis ex causis*". Confirmatum est hoc privilegium a Clemente X., Clemente XIII., Clemente XIV., in Const. supra memoratis.

12. *Custodiunt Sacra Pallia*: ".... eisdem Auditoribus cura et custodia Palliorum...." tribuitur a Clemente X., per Breve 19. Ian. 1671., "*Romani Pontificis consueta benignitas*". Confirmarunt Clemens XIII., Clemens XIV., in Const. memoratis. — Decanus assistit Papae Pallium imponenti E. mis Cardinalibus ad idem ius habentibus; Auditor iunior seu ultimus, ratione cooptationis in collegium, assistit Cardinali Diacono Pallium imponenti sacrorum Antistitibus ad hoc ius habentibus. — Decanus in festo S. Agnetis assistit Papae quum Hic benedicit duobus agnis, ex quorum lana conficienda sunt Pallia: et in pervigilio SS. Apostolorum Petri et Pauli, item assistit Papae dum benedicit ss. Palliis quae dein reponuntur supra corpora Apostolorum.

13. Facultatem habent *retinendi et legendi libros prohibitos de iure tractantes eosque permittendi ut legant sui a studiis Adiutores*. ".... facultatem concedimus legendi retinendique omnes et quoscumque ab Apostolica Sede, vel eius Congregationibus damnatos ac prohibitos libros ad ius civile vel ecclesiasticum quomodolibet pertinentes...; permittimus autem ut pro necessitate et opportunitate causarum et studiorum huiusmodi eorum quoque in studio Adiutoribus dictorum lectionem mandare et concedere possint". Clemens XIV., Bulla "*Cum primum supremo*", diei 15. Iun. 1770. Hac facultate comprehenduntur quoque scripturae, folia, diaria, quae eiusmodi materias tractant.

14. Ius habent gestandi *togam*, quoties ipsi convenient in turnos aut in Rotam coadunentur vel expleturi actus iudiciales, vel supra aliquod negotium deliberantes ex commissione Rom. Pontificis, expetentis votum seu consultum aliquorum Auditorum aut Collegii; vel quoties id ipsis Auditoribus conveniens videatur ob gravitatem et solemnitatem rei pertractandae in Rota. — In coetibus seu conventibus quibus alia Curiae collegia praelatitia intersunt, ius est et facultas DD. Auditoribus gestandi *togam*, quoties (praeter easum quo invitentur ab ipso R. Pontifice) conveniens et conforme solemnitati et qualitati conventus esse, ipsi DD. singulis vicibus iudicabunt. *Togam* gestantes Domini caput cooperiunt pileo doctorali nigro flocco violacei coloris et quatuor redimiculis eiusdem coloris ornato.

15. Ius habent gestandi redimiculum galeri, vulgo *cordone*, violacei coloris. Ex Const. "*Nuper et certis de causis*", diei 26. Oct. 1655. Alexandri VII.

16. Decanus defert Mitram S. Pontificis et Triregnum.

17. Idem est Archicapellanus pontificius.

18. Inter Consultores S. C. S. Officii idem adscribendus est.

19. Eidem in actis iudicialibus vel aliter gestis apud S. Rotam, competit titulus Reverendissimi.

de eodem munere aliquo modo participant, excluduntur ab agendo munere advocati in causa, quae sive apud Rotam sive apud Signaturam exagitur (54).

20. Decanus et duo Auditores seniores sunt Consultores nati S. C. SS. Rituum, adscripti inter Praelatos Consultores qui suffragium dant in causis Beatificationum et Canonizationum.

21. Auditor iunior in Capellis pontificiis deferat crucem.

22. D.ni Auditores in Conclavi custodiam habent trium rotarum ibi positarum ubi E.mi Cardinales alloquendi sunt.

23. D.no Auditore diem supremum obeunte, eius cadaver domi exponitur et erectis altaribus, praesente cadavere, missae celebrantur. In Ecclesia super lecto, nobili panno cooperto, cadaver exponitur circumpositis frequentibus cereis. Lecto funebri apponi possunt, ad quatuor latera, flabella, arma domestica et insignia eius propria referencia, quorum duo manibus gestari possunt a familiaribus defuncti stantibus ad latus frontis lecti funebri. Dum persolvuntur iusta funebria R.mi D.ni Auditores assistunt prope tumulum in propriis sedibus, et S. Tribunalis Officiales immediate, post ipsos Dominos Auditores, sedem habebant.

24. Hisc privilegiis fruuntur quoque DD. Auditores Eremiti.

25. *Nulla derogatoria clausula privilegia Auditorum Rotae cessant.* « Decernentes et declarantes praesentibus litteris, necnon praemissis et aliis privilegiis et indultis quibuscumque eisdem Auditoribus et Locatentibus pro tempore concessis ex quavis etiam necessario exprimenda causa vel occasione, per Nos et Sedem eandem, in genere vel in specie, etiam per Constitutiones Apostolicas.... etiam quod tenores et formae illorum habeantur pro expressis, seu alias clausulas et decreta quaecumque in se continentes seu etiam implicitae derogationis.... derogari, seu illa revocari, cassari, suspendi, aut in aliquo alterari, seu revocata, suspensa vel alterata censeri. Aut ipsos Auditores sub eisdem clausulis comprehensos vel eos illarum praetextu, nisi in eisdem desuper pro tempore signatis supplicationibus illorum nomina propria et cognomina specificè expressa fuerint, exprimi non posse, sed semper eosdem Auditores ac in eis concessa privilegia, indulta et litteras huiusmodi, ab illis exceptos et excepta ac privilegia, indulta et litteras eis concessa, praedicta valida et efficacia existere, ipsis Auditoribus suffragari, et quidquid in contrarium pro tempore factum fuerit, pro non facto haberi debere etc. ». Clemens VII., Bulla « *Convenit aequitati* », quae omnia confirmarunt Paulus III., Clemens X., Clemens XIII., Clemens XIV. in Const. supra memoratis. — Privilegiis autem derogari nequit sine Auditorum expresso consensu: « Neque illis derogari posse nisi eorundem Auditorum ad id expressus accesserit consensus ac irritum et inane quid secus super iis etc. » Paulus III., Bulla « *Romani Pontificis* », 17. Aug. 1537.

Ex audientia Ss.mi habita die 26. Iul. 1913.

Ss.mus infrascripto significare dignatus est quod, ex certa scientia, praefata privilegia Ipse rata habet et confirmat aut concedit et impertit, prouti eorum tenor expostulat.

M. LEGA, Decanus.

(54) S. Congr. Cons. 3. Iun. 1909.



Praeter huiusmodi Adiutores sunt in s. Rota Notarii, quot scilicet necessarii sunt pro actibus rogandis, qui actuarii etiam et cancellarii munere funguntur. Ex his duo debent esse Sacerdotes, quibus exercitium muneris exclusive reservatur in causis criminalibus clericorum et religiosorum.

Ante Notarios et immediate post Auditores ratione dignitatis veniunt Promotor iustitiae pro iuris et legis tutela et Defensor sacri vinculi matrimonialis, professionis religiosae et sacrae ordinationis. Ambo sacerdotes, laurea doctorali in theologia et saltem in iure canonico donati, maturae aetatis et prudentia ac iuris peritia praestantes, a Rom. Pontifice, proponente Rotali collegio, electi.

86. Ius autem Rota dicit ordinarie duabus formis, aut *per turnos trium Auditorum* aut *videntibus omnibus*, et extraordinarie per turnos quinque, septem etc., prout forte pro aliqua causa in particulari Summus Pontifex statuerit.

S. Rota est tribunal appellationis, et iudicat proinde in secunda vel tertia instantia, quando per legitimam appellationem causa iam terminata *sententia* iudiciali, quae nondum transivit in rem iudicatam, ad ipsam fuerit perducta. Extraordinarie tamen seu *vis specialis commissionis* Pontificis iudicat etiam in prima instantia causas, quas sive motu proprio sive ad instantiam partium Rom. Pontifex ad suum tribunal avocaverit et eidem commiserit. Causa autem semel pro prima instantia Rotae commissa, nisi aliter in commissionis rescripto expresse cautum fuerit, eidem commissa censetur pro altera quoque et tertia instantia, in quibus cognoscetur ope subsequentium turnorum. Videt etiam Rota de recursibus pro restitutione in integrum a sententiis quibusvis, quae transierint in rem iudicatam et remedium invenire non possunt apud iudicem secundae instantiae, dummodo tamen non agatur de re iudicata ex sententia S. Rom. Rotae, et in his iudicat tum de forma tum de merito.

Causae maiores sive tales sint ratione obiecti, ut si ageretur de causis fidei, sive ratione personarum, ut si ageretur de iudicando aliquo summo Principe civili christiano aut aliquo Cardinali S. R. E., excluduntur ab ambitu competentiae Rotae; quae etiam nihil omnium potest relate ad dispositiones Ordinariorum, quae non sint sententiae forma iudiciali latae, sed mera decreta, scilicet spectatis in primis eorum obiecto seu substantia, quamvis forte quoad materialem formam ad modum sententiae, fuerint concepta.



Cum autem in praxi saepe contingat ut sive ex imperitia recurrentium, sive ex intrinseca difficultate negotii, dubium esse possit, num res a Sacra aliqua Congregatione an potius a Rota sic pertractanda, in Normis peculiaribus cap. I. n. 3. statutum fuit ut in casu, sive *Congressus* illius Congregationis, cui negotium delatum fuit, sive Decanus cum duobus Auditoribus primis, si negotium ad Rotam esset delatum, iudicent de sua competentia, secundum scilicet principium iuris, Praetoris seu iudicis esse aestimare an sua sit iurisdictio (55).

87. Quoad modum, ut ita dicam, practicum procedendi in Rota pro iudicio alicuius causae, plura notanda erunt suis propriis locis: consulenda vero omnino est "Lex propria Rotae", tit. I. cap. 3. et "Regulae servandae in iudiciis apud Sacrae Romanae Rotae tribunal approbatae et confirmatae a Pio Papa X.", primo quidem die 7. Sept. 1909. ad experimentum, postea die 2. Aug. 1910. simpliciter (56).

88. De Signatura Apostolica. — Relictis etiam hic iis, quae iam de antiqua Signatura iustitiae et Signatura gratiae in superioribus (57) disputata sunt, aliqua tantum dicenda sunt de nova Apostolica Signatura, quam Pius X. citata constitutione instituit potius quam restituit, ut ipse monet in eadem Constitutione. Et re quidem vera, si quis abstrahat a nomine, et ad substantiam rei attendat seu ad intimam constitutionem antiquae Signaturae iustitiae et gratiae et recentis istius Signaturae Apostolicae, facile videbit recentem Signaturam ab antiquis toto coelo esse diversam.

Apostolica haec hodierna Signatura, quemadmodum habemus in citata "Lex propria Rotae et Signaturae Apostolicae", componitur sex Cardinalibus a Rom. Pontifice electis, quibus auxilio sunt Praelatus a secretis, notarius qui debet esse sacerdos, nonnulli consultores ab ipso Pontifice electi et inferiores aliquot administri. Unus ex sex Cardinalibus, quibus constat tribunal, munus gerit Praefecti.

89. Hodierna Signatura, ut expresse habemus in ipsa Lege propria videt *tamquam sibi propria ac praecipua*:

1) de exceptione suspicionis contra aliquem Auditorem, ob quam ipse recusetur;

2) de violatione secreti ac de damnis ab Auditoribus il-

(55) L. 5. D. de iudiciis V. 1.

(56) Cfr. Acta Apost. Sedis vol. II. ann. 1910. p. 783. sq.

(57) Wernz, Ius Decr. II. 671. sq.

latis eo quod actum nullum vel iniustum in iudicando posuerint;

3) de querela nullitatis contra sententiam rotalem;

4) de expostulatione pro restitutione in integrum adversus rotalem sententiam, quae in rem iudicatam transierit.

Signatura Apostolica in iis, quae pertinent ad officialium nominationem, ad secretum servandum etc. eadem servare debet quae pro s. Rota statuta sunt. Quoad modum vero procedendi omnia accurate servanda sunt, quae in Lege propria sunt constituta in tit. II. a can. 38. ad can. 43. et in "Regulae servandae in iudiciis apud supremum Signaturae Apostolicae tribunal approbatae et confirmatae a Pio Papa X.," die 6. Mart. 1912., quas idem tribunal non brevi temporis intervallo ad experimentum adhibuerat.

90. His omnibus addendum est S. Congr. Consistorialem die 11. Febr. 1911. declarasse S. Rotae et Signaturae Apostolicae non competere facultatem *authentice* interpretandi decreta Concilii Tridentini aliasque leges ecclesiasticas, at eas posse *iuridice* interpretari in casibus particularibus, ita nempe ut ius faciant inter partes in causa.

91. Ecclesiae Christi, quae est societas vere catholica per totum orbem terrarum diffusa, praeter supremum tribunal Rom. Pontificis, etiam inferiores iudices omnino fuerunt necessarii (58). Quem locum occupant Episcopi, qui dispari quidem potestate, attamen ut veri principes et iudices ecclesiastici, Apostolis (59) successerunt (60). Monarchicae vero constitutioni Ecclesiae catholicae summopere convenit, ut iudicia quoque inferiora per singulares iudices exercerentur (61). Et revera negari nequit, Apostolos et primos Ecclesiae pastores liberos fuisse (62) a consensu collegii cuiusdam clericorum

(58) Cfr. etiam Exod. XVIII. 13. sq. 19. sq.; Deuter. I. 10. sq.; Schegg, Bibl. Archaeol. p. 678. sq.

(59) S. Clem. Rom. († 101.) epist. ad Corinth. cap. 44.; S. Irenaeus († 202.), Advers. haereses lib. IV. cap. 26. n. 2.; Migne, P. G. tom. 7. p. 1053. sq.; S. Hieronym. († 420.) Epist. ad Marcellam cap. 3.: "Apud nos Apostolorum locum Episcopi tenent"; (Migne, P. L. tom. 22. p. 476.).

(60) Conc. Trid. Sess. XXIII. cap. 4. can. 6. 7.; Phillips, KR. I. II. VII. Brueck l. c. §§ 19. 20.

(61) Ob monarchicam constitutionem Ecclesiae etiam illud effectum est, ut non tantum in *prima* instantia Episcopi, et in *suprema* Rom. Pontifex, sed etiam in *media* instantia Metropolitae aut Primas (Exarcha) seu Patriarcha ut iudex *singularis*, non ut praeses collegii necessario cogendi ius diceret. Cfr. c. 9. 17. Conc. Chalced. (451.).

(62) Kober, D. Deposit. p. 286. sq.

vel laicorum in usu potestatis suae iudicialis necessario requirendo. Saeculis apostolicam aetatem secutus ille mos paulatim legitime introductus est, ut Episcopi causas graviores nonnisi in Conciliis provincialibus definirent (63), sibi que consociarent clericos in cognitione causarum inferiorum (64). Verum nulla extitit lex generalis, qua forma illa iudiciorum Ecclesiae Africanae praescriberetur Ecclesiae universali. Hinc pastores Ecclesiae libere a canonibus istis Africanis identidem recesserunt (65).

92. Inde praesertim a saeculo sexto (66) aucta est potestas Archidiaconorum, ita ut etiam in presbyteros exercere potuerint iurisdictionem criminalem. Quae potestas iudicialis Archidiaconorum, cum ex saeculo fere octavo quamplurimae dioeceses, si excipias Italiam (67), in complures Archidiao-

(63) C. 38. Apostol.; c. 5. Conc. Nic. (325.); c. 4. 5. 6. 14. 15. 20. Conc. Antioch. (341.); c. 9. Conc. Chalced. (451.). Sicut R. Pontifex aut *solus* iudicat tanquam supremus iudex, aut *simul* cum Concilio oecumenico, ita etiam Episcopi in Conciliis particularibus uniti constituerunt tribunalia ecclesiastica; at eo in primis discrimine ut haec tribunalia essent *supra* simplices Episcopos, etiam *supra* Metropolitam; Concilia vero oecumenica, Rom. Pontifici ut supremo Ecclesiae Pastori unita, constituunt supremum quoddam tribunal sive collegium iudicum *inadaequate* (non adaequate) a Rom. Pontifice distinctum, et proinde Rom. Pontifice *non superius*. Episcopi tamen in Conciliis oecumenicis nequaquam se habent tantum ut *consilarii* sive *assessores*, sed veri sunt iudices vera iurisdictione instructi, licet subordinati Rom. Pontifici.

(64) C. XV. q. 7.; c. 6. 7. 8. 9. 10. Conc. Hippon. (393.); *Hefele*, Conciliengesch. tom. II. p. 68. de can. Conc. Carthag. IV. tributis. Hinc patet, sapienter Ecclesias mediam viam ingressam esse inter usum iudicis singularis, qui maxime invaluit in Italia post resurgentem influxum iuris Romani, et collegii iudicum. Cfr. *Pertile*, Storia della procedura I. § 218.

(65) C. 14. (17.) Conc. Sardic. (343.-44.); *Thomassin* l. c. P. I. lib. 3. cap. 7. sq. P. II. lib. 2. cap. 15. lib. 3. cap. 101-114.; *Bouix* l. c. I. p. 342. sq.; *Kellner*, Das Buss- und Strafverf. geg. Kleriker p. 115. sq.

(66) Archidiaconis causarum iudicialium cognitionem iam saeculo 6. fuisse commissam patet ex Conc. Matisconensi (581.) c. 8.: "Omne negotium clericorum aut in Episcopi aut in presbyterorum vel archidiaconi praesentia finiatur.". Cfr. quoque Conc. Matise. II. (585.) c. 12. quod iudex saecularis non possit iudicare de viduis et orphanis nisi certiorato Episcopo vel Archidiacono ut is possit esse particeps in cognoscenda et definienda causa. Imo iam c. 20. Conc. Aurel. IV. (541.) statuitur: "Quaecumque causatio quoties inter clericum et saecularem vertitur absque presbytero aut archidiacono vel si quis eius praepositus ecclesiae esse cognoscitur, iudex publicus audire non praesumat.". Confer etiam Conc. Tolet. IV. (633.).

(67) *Bened. XIV.*, De Synod. dioec. lib. III. cap. 3. n. 7. sq.

natus dividi coeptae essent (68), circiter ex saeculo 9. facta est ordinaria, eisque competebant iudicia primae instantiae, a qua ad tribunal Episcoporum fuit appellandum (69). Cum Archidiaconi non raro sua abuterentur potestate, Episcopi ex saeculo 12. et praesertim ex saeculo 13. per institutionem Officialium sive Vicariorum generalium aliisque modis iurisdictionem Archidiaconorum magis magisque limitarunt (70). Id quod, praeexistentibus multis Conciliis provincialibus medii aevi, potissimum etiam quoad causas iudiciales factum est a Concilio Tridentino Sess. XXIV. cap. 20. de ref.; Sess. XXV. cap. 3. 14. de ref. Quae tribunalia Archidiaconorum ex saeculo 17. et 18. paulatim ubique ablata sunt (71), eorumque locum passim iam obtinent Vicarii generales (72).

93. Postquam iam medio aevo iudicibus delegatis potius tanquam collegio quam singularibus iudicibus Rom. Pontifices causarum cognitionem commiserunt (73), et in ipsa Curia Romana celeberrimum tribunal Rotae ad instar collegii iudicum est institutum, in Concilio Tridentino reservatis gravioribus causis criminalibus Episcoporum iudicio R. Pontificis, minores Conciliis provincialibus (sane ut collegio) fuerunt demandatae (74). Praeterea a praxi Congregationum romanarum, tanquam collegia cum voto decisivo causas definiendi, "officialatus", iam in multis dioecesibus erecti non fuerunt plane alieni (75). Denique ultimo saeculo ipse Gregorius XVI. pro dioecesibus Status Pontificii tribunalia eccle-

(68) Saeculo 8. Heddo, Episcopus Argenterat. (Strassburg) suam dioecesis in 7 archidiaconatus divisit: hucusque unicus fuerat archidiaconatus in una dioecesi. Hoc exemplum mox alii Episcopi imitati sunt. Archidiaconus, qui remanserat in civitate episcopali, dicebatur Archidiaconus *magnus*, reliqui Archidiaconi *rurales*, quibus suberant Archipresbyteri rurales (Decani rurales).

(69) Cap. 3. § 1. de appell. II. 15. in Sext.

(70) Fournier, Les officialités; Scherer I. c. I. p. 603. sq.

(71) Thomass. I. c. P. I. lib. 2. cap. 17. 20., P. III. lib. 2. cap. 32. 33.; Binterim, Denkwürd. tom. I. P. I. p. 386. sq.; Bouix, De capitulis, p. 78. sq. 362. sq.

(72) Bouix, De iud. eccl. tom. I. p. 342. sq. Confer de Archidiaconis etiam: Kraus, Real-Encyklopaed. f. christl. Alterth. v. *Αρχidiaκονοι* tom. I. p. 87. sq. (Heuser); Kirchenlex. v. Archidiacon. tom. I. p. 1253. sq. (Heffele); Tübingen theol. Quartalschr. tom. 35. p. 535. sq. (Kober); Archiv f. k. KR. t. XV. p. 337. sq. (Friedle); Phillips, Kirchenrecht II. p. 116. sq.; Hinschius, System d. k. Kirchenrechts t. II. p. 183.

(73) Cap. 21. X. I. 29.

(74) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 5. de ref.

(75) Scherer I. c. I. p. 608.



siastica in causis criminalibus tanquam vera collegia constituit (76). Quam praxim aliae dioeceses secutae sunt (77).

94. In iudiciis collegialibus ecclesiasticis dioecesium ordinarie ex disciplina vigenti praeter praesidem sunt quatuor iudices aut saltem duo, at non facile ultra sex (78).

Quae sit potestas praesidis collegii in alios iudices eruendum est aut ex instructione speciali aut ex praxi styloque tribunalis (79).

In consessibus causae ordinarie definiuntur per vota absolute maiora (80). Si vota sint paria, favendum est reo, non actori, nisi in causa privilegiata, puta matrimonii, libertatis, dotis, testamenti, aliter sit statuendum (81). In aliis casibus, si paria sint vota, votum praesidis poterit decidere causam (82). Ipsa quoque suffragia ferenda sunt in forma legitima iuxta praxim tribunalis neque quidquam obstat, quominus unus iudex post auditas rationes ab alio prolatas a suo voto recedat et accedat sententiae alterius iudicis (83).

Quoniam sententia definitiva collegii iudicum tamquam actio collegialis bene est praeparanda, neque singuli iudices singulas causas ex professo usque ad ultimos apices examinare valent, ideo ut plurimum unus a collegio constituitur relator, qui de meritis causae conscribat relationem cum voto.

Forma tribunalis Metropolitani sive Archiepiscopi vel Primatis vel Patriarchae a forma curiae episcopalis non solet differre (84).

(76) Circul. Secret. Stat. 5. Nov. 1831. art. 4.; eiusd. Secr. St. circul. 24. April. 1832.; Epist. circul. S. C. E. et R. 1. Aug. 1851.

(77) Instr. Card. Rauscher § 97.; *Droste* l. c. p. 163.; *Bouix* l. c. I. p. 469. sq.; *Ferrari*, Summa inst. can. tom. II. p. 400.; at cfr. quoque cit. Instr. 11. Iun. 1880. art. 34. et pro causis civil. Gregor. XVI. Regul. leg. § 358. sq.

(78) Cfr. cit. epist. circul. Secret. stat.; Instr. Card. Rauscher § 97.; Greg. XVI., Regul. leg. § 289. sq. § 312. sq.; *Droste* l. c. p. 21. sq. p. 165.

(79) Greg. XVI., Regul. cit. § 325., Instr. Card. Rauscher §§ 99. 140. 216.; Instr. cit. 11. Iun. 1880. art. 12. 29.

(80) Cap. 48. X. de elect. I. 6.; cap. 1. de arbitr. (I. 22.) in Sext.

(81) Cap. 26. X. de sentent. et re iud. II. 27.

(82) Instr. Card. Rauscher §§ 99. 108.; Instr. Prag. 1869. § 80.

(83) *Schulte*, Eheprocess. p. 31.

(84) *Bouix* l. c. I. p. 516.; *Scherer* l. c. I. p. 611.; cit. Instr. Prag. § 6.



### III. De gradibus sive instantiis iudiciorum ecclesiasticorum.

95. Ordinatio tribunalium superiorum et inferiorum duplici ratione fieri potest. Prima est ut unica instantia universa controversia definiatur neque partibus sit concessa appellatio (85), sed pro minori maioreve causae gravitate tribunal infimum vel medium vel supremum sit adeundum (86). Ita in Ecclesia catholica omnes causae, quae dicuntur maiores, a solo Rom. Pontifice sunt decidendae (87). Altera est ut causa ad infimum quidem tribunal delata per sententiam iudiciale definiatur, quae, si partibus aut uni illarum non probatur, interposita appellatione, eiusdem causae cognitio et definitio postuletur a superiori tribunali (88).

96. Quia veritas saepius exagitata magis splendet, grave non oportet videri cuiuscumque retractari iudicium (89). Quae retractatio, ut ordinate fiat, in foro quoque ecclesiastico diversae instantiae existunt, ita certo ordine inter sese colligatae, ut tribunal superius sententiam inferioris tribunalis ad se delatam aut confirmare, aut mutare, vel abrogare, vel saltem nullam et irritam declarare possit.

Huiusmodi instantiae in foro ecclesiastico (90) ordinarie ad summum existunt tres (91), si tamen excipias causas de

(85) Cap. 15. Conc. Antioch. (a. 341.).

(86) Cfr. ordinationem tribunalium in V. Testam. apud *Schegg* l. c.

(87) Cfr. cit. epist. Innoc. I. ad Victic., ubi prima vice haec vox ("causae maiores") occurrit; *Nussi*, Conventiones, p. 15. 16. 17.; *Kirchenlex.* v. Causae maiores, (*Heuser*) tom. II. p. 2067. sq.

(88) Iure moderno, praesertim gallico, diversa ordinatio et competentia tribunalium maxime repetitur ex circumscriptione quadam territoriali, ex concessio remedio appellationis et ex valore materiae controversae. Cfr. *Wetzell* l. c. § 33. i. f. Multum a iure gallico discrepat ordinatio tribunalium in Anglia, et in Statu quoque Pontificio traditionis historicae habita est ratio in ordinandis tribunalibus. Cfr. Greg. XVI., *Regol. leg.* § 267. sq. 423. sq. Mixto quodam systemate sapienter utitur Ecclesia viaque media incedit.

(89) Cfr. Innocent. I. (415.) c. 8. C. XXXV. q. 9.

(90) Cfr. quoque Greg. XVI., *Regol. giud.* § 267. sq.

(91) Cap. 39. 65. X. de appell. II. 28.; cap. 3. de appell. II. 15. in Sext.; cap. 1. de sentent. II. 11. in Clem.; Conc. Trid. sess. XIII. cap. 1. 2. 8. de ref., Sess. XXIV. cap. 5. 20. de ref. — Iure autem antiquo ab Archidiaconis fuit appellandum ad Episcopos; nunc autem a Vicario generali ad Metropolitanum est appellandum, quia Vicarius generalis cum suo Episcopo unum tribunal constituit. Cfr. c. 3. II. 15. in Sext.

matrimonii nullitate et iisdem equiparatas, in quibus interdu quarta instantia habetur (92).

97. Post abrogata tribunalia Archidiaconorum regulariter prima instantia (93) est tribunal Ordinarii eiusque Vicarii generalis, in cuius dioecesi reus habet domicilium (94). Secunda instantia est tribunal Metropolitae (95); pro ipsis vero Metropolitanis et Episcopis exemptis et Conciliis provincialibus (96), nisi aliter a Rom. Pontifice sive expresso statuto sive probata consuetudine sit provisum (97), est ipsa Sedes Apostolica (98).

(92) Bened. XIV. Const. „*Dei miseratione* „ § 11. aliaque decret. apostol. apud *Sentis*, Clem. P. VIII. Decretales p. 34.; Instr. Card. Rauscher §§ 180. 181. 182.

(93) Quae fuerit praesertim in causis criminalibus clericorum, Episcoporum, Metropolitaram, quondam prima, secunda, tertia instantia, exponunt: *Kellner* l. c. p. 118. sq. et fusius et accuratius *Kober*, D. Deposit. u. Degrad. p. 286. sq. Cfr. de Ecclesia Orientali c. 9. 17. Conc. Chalced. (451.); c. 26. Conc. oec. Constantinop. IV. (869.); Conc. prov. Alba-Iul. (1872.) p. 180. sq.

(94) Cap. 5. X. h. t.; cap. 8. 11. X. de foro comp. II. 2.; Conc. Trid. Sess. XXIV. cap. 20. de ref., Sess. XIII. cap. 4. de ref., Sess. XXV. cap. 14. de reg.; Acta S. Sed. vol. VII. p. 575. Et nequit Archiepiscopus suffraganeorum subditos iudicare in prima instantia, aut eorumdem causas coram suffraganeis pendentes ad se advocare, aut ante sententiam definitivam in prima instantia recipere appellationem ab aliqua sententia interlocutoria aut gravamine, aut inhibitionem ulterius procedendi suffraganeo eiusve Officiali facere, nisi forte gravamen tale foret, ut non posset per appellationem a definitiva reparari aut non posset ab ipsa definitiva appellari. Cfr. Conc. Trid. sess. XIII. cap. 1. sess. XXIV. cap. 20. de ref.; *Bouix* l. c. p. 473. sq.

(95) Cfr. de iure antiquo c. 5. Conc. Nicaen. (325.); c. 20. Conc. Antioch. (341.); c. 17. Conc. Sardic. (343.) = c. 4. C. XI. q. 3. (*Hefele*, Conciliengesch. I. p. 596. sq.); c. 8. Conc. Carthag. (387.-90.); c. 17. Conc. Carthag. (418.); c. 20. Conc. Aurel. (538.); c. 6. Conc. Turon. (1236.); atque de iure speciali Eccl. Orient. Conc. Alba-Iul. l. c., quod provocat ad Const. Apost. lib. II. cap. 42. 44. text. gr. et Instr. S. O. 20. Iun. 1883. (Acta S. Sed. XVIII. p. 344. sq.), ubi in fine dicitur post n. 50. „Quoties tractanda occurrerit causa matrimonialis, in qua de impedimento solemnis voti castitatis vel ordinis sacri cum adnexa castitatis lege agatur, ea integra post processum informativum ad necessaria documenta et motiva colligenda institutum, a r. mis Patriarchis aliisque Ordinariis ad Sedem Apostolicam deferatur“. Cfr. quoque Instr. S. C. de Prop. Fide de iudic. eccl. in causis matrim. § 26., qua declaratur, causam, si *partibus* placuerit, ad ipsam S. Sedem ab initio et immediate in prima instantia deferri posse (Conc. plen. Baltim. III. p. 267.).

(96) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 5. de ref.

(97) *Vering*, Inst. iur. eccl. § 181.

(98) Card. Archiepiscopus Coloniensis ad septennium facultates necessarias accepit, ut ex delegata Sedis Apostolicae auctoritate cognoscere posset in secunda instantia et iudicare tum matrimoniales tum alias fori ecclesiastici causas, quae in prima instantia ab Episcopo Hildesiensi, vel

quae simul pro omnibus aliis tribunalibus ecclesiasticis est tertia et ultima instantia (99).

#### IV. De relatione iudiciorum ecclesiasticorum.

98. Iudicia ecclesiastica, ut ex praecedentibus facile patet, sunt aut coordinata, v. g. tribunalia diversarum dioecesium, aut subordinata, v. g. tribunal Episcopi suffraganei tribunali Metropolitae. Iam tribunalia Ecclesiae coordinata, licet inter sese sint vere independentia neque sibi mutuo dare mandata possint, cum par in parem non habeat iurisdictionem, tamen, utpote tribunalia eiusdem Ecclesiae catholicae mira unitate conspicuae, in administranda iustitia subsidium iuris, ut dicitur, ex legum dispositione sibi invicem ferre tenentur (100).

Sede vacante a Vicario capitulari eiusdem dioecesis, iudicatae essent, quaeque eousque in eadem instantia a Sede Apostolica cognoscebantur et iudicabantur..., ea in primis lege ut in singulis actis expressa fieret mentio huius specialis Sedis Apostolicae delegationis. S. C. pro neg. eccl. extraord. 11. Sept. 1906. (Act. S. Sedis XXXIX. 1906. 574.). — De instantiis in causis criminalibus pro Anglia confer decretum S. C. de Prop. Fide 28. Iun. 1884. Prima instantia est apud tribunal Episcopi dioecesis, qui sententiam ferre debet de consilio Commissionis investigationis. Postea approbatur postulatio Episcoporum, quod non immediate in secunda instantia ad Sedem Apostolicam appelletur, sed ad Metropolitam, et si Metropolita tulit sententiam in prima instantia, appellatio fiat ad seniores Episcopos provinciae. Is, sicut Metropolita, ex septem sacerdotibus in conventu Episcoporum electis tres adhibet ut assessores. A secunda vero instantia semper fas est Romam appellare ad Sedem Apostolicam.

(99) De appellationibus ad Sedem Apost. sufficiat hoc loco remittere ad *Devoti*, Ius canon. univers. tom. III. append.; *Hefele*, Conciliengesch. tom. I. p. 560. sq. de canonibus Sardicensibus, tom. II. p. 120. sq. de appellat. African. Haec quidem de iure generali. Sunt autem personae, pro quibus particularia quaedam sunt statuta, quemadmodum Praelati sunt, quibus aliquid peculiare est indultum. Confer ex gr. de prima instantia pro Regularibus, qui intra claustra degunt, Conc. Trid. sess. VII. cap. 14. de ref. et resp. S. C. C. in ed. *Richter* Conc. Trid. p. 559. praesertim decr. a Paulo V. 24. Aug. 1607. confirmatum. — Confer etiam de Archiabbate S. Martini in Hungaria, cuius mentio fit cap. 19. X. II. 26., *Scherer* I. 430. Is habet iurisdictionem ordinariam, nominat Vicarium generalem et consistorium et subest tantum Primati Hungariae.

(100) Cap. 14. X. de for. comp. II. 2.; cap. 1. § 3. de foro comp. II. 2. in Sext.; cap. unic. de foro comp. II. 2. in Clem.; cap. 3. X. de fideiuss. III. 22.; L. 7. D. de custod. XLVIII. 3.; L. 1. §§ 1. 2. D. de requ. vel abs. damn. XLVIII. 17.; L. 15. § 1. D. de re iud. XLI. 1.; L. 13. § 3. Cod. de iudiciis III. 1.; Novell. 90. cap. 5.; Novell. 134. cap. 5.; *Maranta*, Specul. aur. P. VI. § Recte concipiatur citatio n. 39. sq. — Ecclesia catholica non requirit subsidium iuris a societatibus religiosis acatholicis; at id poterit requirere a legitima potestate civili, v. gr. si in causa matrimoniali acatholicus sese nollet sistere tribunali ecclesiastico et ipsius testimonium maximi esset momenti.

99. Quare unumquodque tribunal ecclesiasticum ius et obligationem habet requirendi ab alio tribunali in processu canonico actus legitimis suae competentiae subductos, v. g. si citatio est perficienda (101) aut testes in aliena dioecesi sunt examinandi. Cfr. Instr. S. C. Episc. et Reg. 11. Iun. 1880. art. 19. Huiusmodi subsidium iuris petitur per litteras requisitoriales, si requisitio fiat a tribunali coordinato; per rescriptum ab inferiori tribunali; mandatum vero a superiori tribunali transmitti solet ad tribunal subordinatum. Cui petitioni solius urbanitatis causa additur assertio reciproci, id est iudicem requirentem ad idem servitium promptum esse, cum ex lege ecclesiastica, ut requisitioni satisfiat, iam existat obligatio (102).

100. Iudex ecclesiasticus, cuius subsidium imploratur, nec ius acquirit neque obligatione tenetur examinandi, num requisitio fuerit necessaria; at iure sane potitur investigandi, utrum tribunal, quod requirit iuris subsidium, sit revera legitimum tribunal ecclesiasticum, an tribunal requisitum sit ad actum vere competens, an requisitio non contineat postulatam evidenter et notorie illegitimum. Quod si tribunal requisitum contra requisitionis executionem proponat exceptiones, tribunali requirenti in primis sunt exponendae (103). Quibus exceptionibus auditis et examinatis, si unum tribunal in requisitione insistat, alterum tribunal coordinatum executionem denegat, patet recursus ad tribunal superius, cui tribunal requisitum est subordinatum eique obedire tenetur (104).

Circa materiam requisitionis tribunal requisitum stricte observet necesse est terminos litterarum requisitoriarum, neque cognoscat et iudicet de meritis causae, v. g. num iusta sit actio,

(101) Cap. 2. v. Nos quoque, de sent. et re iud. II. 11. in Clem.

(102) Huc quoque spectat, quod iudicia ecclesiastica praesertim medii aevi requisierint brachium saeculare (cfr. c. 4. D. 17.; cap. 1. 14. X. de off. iud. ord. I. 31.; cap. 10. X. h. t. II. 1.; cap. 2. X. de maled. V. 26.; cap. 2. X. de cleric. exc. V. 27.), quemadmodum pro mutua concordia utriusque potestatis iudicia saecularia implorabant subsidium iuris Ecclesiae. Cfr. Gloss. v. Publicum cap. 1. X. de off. iud. ord.; *Innoc. IV.* in id. cap.; *Panormit.* in id. cap. 10. 11. Nostra quoque aetate non raro requisitio tribunalis civilis per iudicem ecclesiasticum praesertim in causis matrimonialibus potest esse practici momenti. Cfr. Arch. f. k. KR. tom. 61. p. 205. sq. Quoad requisitionem aliorum iudicum in his causis confer Instr. S. C. de Prop. Fide de iudiciis ecl. circa causas matrimoniales § 15. (in Conc. plen. Baltim. III. (1884.) p. 264.).

(103) Cfr. cap. 5. X. de sent. et re iud. II. 27.

(104) Cap. 28. § 3. X. de off. et pot. iud. del. I. 29.



cuius insinuatio requiritur (105); in forma vero exequendi requisitionem sequitur sanctiones iuris communis et propriam instructionem praximque iudicalem.

Si tribunal subordinatum per verum mandatum tribunalis superioris fuit requisitum, intra tempus in mandato praescriptum requisitio est perficienda, secus quam primum fiat oportet (106).

101. In foro saeculari inter tribunalia ea quoque est relatio, ut tribunal superius iudicem inferiorem forte impeditum aut inhabilem per delegatum suppleat atque adeo potestatem disciplinarem in iudices illos inferiores exerceat (107). Qua in re forum ecclesiasticum notabiliter differt a foro saeculari. Ordinarie enim in unaquaque dioecesi unicum tantum est tribunal Episcopi, quod in prima instantia definitivam sententiam ferat, sicuti unum est tribunal metropolitanum. Quod quamvis sibi subordinata habeat tribunalia Episcoporum suffraganeorum, tamen solummodo in actibus vere processualibus secundae instantiae sive appellationis suam potestatem in illa per mandata exercere potest, in reliquis enim subsunt suo Ordinario. Hinc iudicium metropolitanum non habet potestatem disciplinarem in iudices inferiorum tribunalium neque ius quoddam inspectionis (108).

(105) L. 6. 8. Cod. de exec. rei iud. VII. 53.; cap. 5. X. de sent. et re iud. II. 27. cap. 28. 73. X. de off. et pot. iud. del. I. 29.

(106) Cap. 1. § 3. i. f. de for. comp. II. 2. in Sext.; cap. 28. § 3. X. de off. et pot. iud. del.; Schulte, Eheprocess. p. 46. sq. § 14.; Wetzell l. c. § 67. p. 902. § 38. p. 467. sq.

(107) Renaud l. c. § 18.

(108) Bouix, De Episcopo, tom. I. p. 2. 474. 475. Nec obstant ultima verba cap. 11. X. de prob. II. 19.: « Iudex autem, qui constitutionem ipsam neglexerit observare (adhibendi notarium), si propter eius negligentiam quid difficultatis emergerit, per superiorem iudicem animadversione debita castigetur, nec pro ipsius praesumatur processu, nisi quatenus in causa legitimis constiterit documentis ». Quod patet ex ipsa canonistarum doctrina, quum quaestionem exagitant num et quando Metropolita possit punire Vicarium generalem suffraganei. Nonnulli existimarunt (inter quos Ferraris v. Archiepiscopus art. 1. n. 21.) Metropolitanum posse punire Vicarium suffraganei, quoties is delinquat in officio suo, etiam excommunicatione inflicta, si rationabilis causa existat. Quod ut probet, Ferraris citat cap. 1. de off. vicarii in Sext. et Gloss. in citatum caput. Causam vero rationabilem Ferraris putat esse usum iurisdictionis per Vicarium generalem illegitime factum. Atque idem auctor l. c. ab hac sua assertione excipit illa delicta, quae Vicarius gen. committeret extra suum officium, nisi in casibus a iure expressis, quae corrigere et iudicare ad Episcopum spectat, et quidem appellatione remota, ut ipsemet non recte addit. Nam



102. Verum si iam ex legum Romanarum dispositione (109), tribunalia inspectioni et visitationi per superiores reipublicae magistratus fuerunt subiecta, iudicia quoque ecclesiastica ab inspectione et visitatione non sunt immunia (110).

Hinc ad superiores ecclesiasticos recurri potest, si tribunal quoddam ecclesiasticum aut iustitiam denegat aut litem protrahat (111), ut iudicibus a se deputatis stimulos addant, neque ullo iure prohibentur, quominus iudices negligentes ab officio suo removeant (112).

At quamvis iudex quoque ecclesiasticus sua utatur necesse sit libertate conscientiae et independentia, tamen nequaquam illae cautelae, quae in foro saeculari ad tuendam libertatem iudicum et rectam iustitiae administrationem non raro sapienter statuta sunt, v. g. de perpetuitate et inamovibilitate (113) iudicum, ad forum ecclesiasticum illico sunt transferendae (114).

alii doctores, veluti *Petra* l. c. tom. I. Const. 2. Leon. IX. sect. 5. n. 20.; *Bouix* l. c. p. 474. sq. ab hac sententia Ferraris discedunt, et concedunt, solummodo spectare ad Archiepiscopum Officiale Episcopi castigare, si is in officio suo ita delinquat ut laedat Archiepiscopi iura; in omnibus reliquis causis sive civilibus sive criminalibus „Episcopus erit iudex, reservata appellatione Metropolitano“. Ita *Petra* citans plures auctores atque etiam declarationem S. C. Episc. et Reg. Quare ob *delictum* non transit in Archiepiscopum iurisdictio suffraganei, sed tantum ob *negligentiam*, atque etiam in casu negligentiae, in casibus tantum a iure expressis.

(109) L. 13. § 8. Cod. de iud. III. 1.; L. 5. § 4. Cod. de temp. et repar. VII. 63.; Novell. 17. cap. 3., Novell. 86. c. 1., Novell. 113.

(110) Cfr. de disciplina, cui subiecti fuerunt magistratus et officiales iudiciales Status pontificii: Editto (quod Card. Gamberini 17. Dec. 1834. nomine Gregorii XVI. promulgavit, ut eiusdem Rom. Pont. ordinatio de procedura civili 10. Nov. 1834. approbata accurate executioni mandaretur) § 97. sq.

(111) Cap. 11. X. de prob. II. 19.; cap. 1. de sent. excom. V. 11. in Sext.; Conc. Trid. sess. XXV. cap. 10. de ref.

(112) Instr. Card. Rauscher § 98.; *Bouix* l. c. I. p. 470. sq.; *Schulte*, Eheprocess. § 8. p. 30.

(113) Perpetuitas haec in officio, ut patet, non intelligitur absoluta, sed eum habet sensum ut iudex ex determinato loco ad alium vel ad aliud officium, etiam superius, promoveri extraordinaria quadam ratione (iuxta axioma: promoveatur ut removeatur) non possit a gubernio civili, nisi iudex transferendus suae translationi consentiat. Pariter inamovibilitas haec non est absoluta: nam iudex quoque deponi potest; sed sensus is est ut id fieri tantum possit propter casus in iure expressos et forma iudiciali servata.

(114) *Bouix* et *Schulte* l. c.

## § 2. DE POTESTATE CONSTITUENDI IUDICES ECCLESIASTICOS

## I. De potestate constituendi iudices ordinarios.

103. Christus Dominus, cum S. Petrum eiusque legitimos successores, Romanos Pontifices, in perpetuum instituisset supremos iudices fidelium in omnibus causis ad examen ecclesiasticum spectantibus, nulla potestate humana amovibiles nullique imperio ecclesiastico vel civili obnoxios, eisdem supremis pastoribus Ecclesiae suae etiam in mandatis dedit, ut semper in Ecclesia sua constituerent Episcopos, non tantquam meros delegatos ad nutum amovibiles, sed ut vere ordinarios iudices et pastores (115).

104. Reliqui ordinarii iudices maiores sive singulares, velut Patriarchae, Primates, Legati, Metropolitae, sive collegiales, v.g. Concilia provincialia (116), pro necessitate temporum a solo Rom. Pontifice potestate iudiciali donantur vel privantur (117). Et revera tribunal quoddam Primatum tamquam tertia quaedam instantia, ad quam a sententiis Metropolitanarum possit appellari, si excipias Primatem Hungariae in casibus l. c. in Archiv expressis nostra aetate non iam existit (118). Metropolitanae quamvis in Ecclesia occidentali ordinarie antiquam suam praerogativam iudicandi in secunda instantia etiam ex disciplina nunc vigenti retinuerint (119), tamen in Ecclesia

(115) Conc. Vatic. in Const. « *Pastor aeternus* » cap. 1. 2. 3.; *Bouix*, De iud. eccl. tom. I. p. 121.; *Schmalzgr.* l. I. tit. 32. n. 9. sq.; *Durantis*, l. c. tit. de officio ordinarii § Constituit; *Laynez*, Disputationes Tridentinae ed. *Grisar.* tom. I.

(116) Conc. Chalced. (451.) c. 9. 17.; *Hefele* l. c. II. p. 512. 520.; Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 5. de ref.

(117) Archiv f. k. KR. tom. 55. p. 353. sq.; *Droste* l. c. p. 16. 24.; *Durantis* l. c. § Videamus; *Brueck* l. c. § 20.; *Phillips*, KR. tom. II. § 66. sq.; *Scherer* l. c. I. p. 531. sq.; *Commentator. iur. Decretal.* lib. I. tit. 31.; *Bouix*, De Episcopo tom. I. p. 427. sq. 441. 473.; *Thomassin* l. c. P. I. l. 1. cap. 7.-49.

(118) De Legatis et Nuntiis Apostolicis eorumque potestate iudiciali cfr. Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 20. de reform.; S. C. C. in causa Comen. 26. Febr. 1707. ad XIII. In causa Ulyssipponensi decisa a S. C. C. 18. Iul. 1724. a sententia Vicarii gen. Patriarchae Ulyssipponensis appellatum est ad *Nuntium Apost. Ulyssipponensem*, ut traditur in relatione causae, ubi « Auditor » Nuntiaturae sententiam tulit. De tribunali Nuntii Apostol. in Hispania speciatim consuli possunt: Card. Hergenröther in Arch. f. k. KR. tom. X. 29. sq. XI. 382. sq. XII. 48. sq.; S. C. C. 10. Maii 1884. (Acta S. Sed. vol. XVII. 140. sq.); Epist. Card. Iacobini ad Nunt. Apost. Matrit. 15. Apr. 1885. (Act. S. Sed. l. c. p. 561.). De Primat Hungariae confer *Scherer* l. c. I. p. 541. sq.

(119) Cfr. epist. circ. Secret. Stat. 5. Nov. 1831. art. 9.

orientali non raro (120), etsi non semper (121), solo honoris titulo gaudent, et universa iurisdictio metropolitana in solo Patriarcha residet (122).

105. Episcopis integrum est intra ambitum a iure permissum nominare tanquam ordinarium iudicem in causis ecclesiasticis Vicarium generalem (123) aut sibi adiungere auditores vel assessores, aut deputare verum quoddam collegium iudicum, quod tanquam ordinarium tribunal dioecesanum, Episcopo approbante, cognoscat et definiat causas contentiosas et criminales (124). At minime ius est Episcoporum instituendi iudices ordinarios et perpetuos sive singulares sive collegiales, qui neque ab ipsis neque a successoribus in officio episcopali ad nutum revocari possint (125). Multoque minus inferiori cuidam tribunali tanquam ordinariae primae instantiae ab audientia episcopali distinctae illas causas definitiva sententia dirimendas committere possunt, quae expressa iuris sanctione tribunali Episcopi tanquam primae et ordinariae

(120) Synod. Mont. Lib. (1736.) Collect. Lac. tom. II. p. 300.

(121) Conc. Alba-Iul. (1872.) p. 182.; Synod. prov. Ruthen. (1720.) Collect. Lac. I. c. p. 51.

(122) Cfr. Synod. Mont. Lib. in Collect. Lac. I. c. p. 300.

(123) Bouix I. c. tom. I. p. 387. Minime vero Metropolitanis permissum est, ut in dioecesebus suffraganeorum suorum constituent Officiales etiam pro futuris causis per appellationem ad ipsos devolvendis, quemadmodum statuit Innoc. IV. (cap. 1. de off. ord. I. 16. in Sext.), illa addita limitatione „ nisi aliud (metropolitana ecclesia) circa talium Officialium institutionem de consuetudine obtineat speciali „ Cfr. Bouix, De Episcopo tom. I. p. 478., De iudiciis I. 404. sq. 517. sq. — Attentis autem cap. 1. de foro comp. II. 1. in Sext. et cap. 3. § 2. de appell. II. 15. in Sext. videtur omnino certum, quod Officialis Metropolitanus non indigeat mandato speciali, saltem ut recipiat appellationes. Id recte defendit Scherer I. p. 610. eique consentit Bouix, De iud. I. 518. Bouix autem I. c. p. 517. inquit, num Metropolitanus possit designare Vicarium generalem unum pro metropolitans iuribus, alterum pro iuribus dioecesanis. Anxius haeret et fatetur se solutionem non invenisse. Qua in quaestione videtur praeferenda pars negans, tum quia de iure communi unus est ab Episcopo pro sua dioecesi Vicarius generalis instituendus, tum quia de eodem iure communi iurisdictio Vicarii generalis debet esse universalis universalitate morali quoad personas et quoad causas, tum quia in hunc sensum videtur quaestionem hanc solvisse praxis et stylus Curiarum dioecesanarum. Cfr. Wernz, Ius. Decr. II. 803. De pluralitate autem Vicariorum generalium cfr. Friedle, Archiv f. k. KR. tom. 15. p. 347. sq. 358.

(124) Bouix I. c. p. 459. sq.; Martin, Collect. docum. Cone. Vatic. p. 134.; Droste I. c. p. 21. sq. Cfr. de quaestionibus connexis: De Angelis I. c. lib. I. tit. 28. n. 9.; Scherer I. c. I. p. 609. sq.

(125) Bouix I. c. I. p. 469. sq.

instantiae sunt reservatae, velut causae matrimoniales et criminales. (Conc. Trid. Sess. XXIV. cap. 20. de ref.). Imo iuxta disciplinam nunc vigentem sine speciali indulto Sedis Apostolicae aut legitima consuetudine nulli Episcopo fas est, in sua dioecesi erigere complura tribunalia inferiora tanquam tribunalia ordinaria primae instantiae, a quibus passim controversiae ecclesiasticae per sententiam definitivam dirimantur, et more antiquo (126) ad tribunal Episcopi tanquam ad secundam instantiam appelletur (127).

## II. De potestate constituendi iudices delegatos.

**106.** Quicumque in Ecclesia (128) constitutus est iudex ordinarius, is etiam praeditus est potestate deputandi iudicem delegatum unum aut plures vel simpliciter ad instar veri collegii (129) vel in solidum absolute (130) vel in solidum conditionate (131), sive ad causam particularem sive ad universalitatem quandam causarum in iis, quae spectant ad ordinariam iurisdictionem delegantis (132), nisi ex iuris dispositione vel speciali cautione competentis superioris ecclesiastici delegatio iudici ordinario sit interdicta (133).

(126) Cfr. cap. 3. § 1. de appell. II. 15. in Sext.

(127) Conc. Trid. I. c.; Bened. XIV. Const. « *Ad militantis* » § 41. 42. 30. Mart. 1742.; *Droste* I. c. p. 25.; Progetto di regolam. giud. per gli aff. civ. in riform. al regol. 10. Nov. 1834. (Nov. 1858.) § 1707. b. et cit. Regol. 10. Nov. 1834. § 1742. sq. Cfr. de iure Ecclesiae orientalis Synod. Montis Libani (1736.); Synod. provinc. Ruthenor. (1720.) (Collect. Lac. tom. II. p. 322. sq. p. 51. sq.); Conc. provinc. Alba-Iul. (1872.) p. 181. sq. de speciali quodam ordine tribunalium ecclesiasticorum.

(128) Codices proceduræ civilis nostra ætate in foro saeculari tribunalibus delegationem iurisdictionis regulariter potius prohibent et solummodo permittunt in casibus a iure exceptis. Cfr. Cod. proced. civ. Ital. art. 68.; *Renaud* I. c. § 26. De iure Romano aliud obtinuit. Cfr. L. 5. D. de iurisd. II. 1.; L. 6. § 1. D. de off. proc. I. 16.; L. 2. Cod. de pedan. iudic. III. 3.; Novell. 60. cap. 2.

(129) Cap. 16. 22. X. I. 29.

(130) Cap. 8. I. 14. in Sext.

(131) Cap. 21. X. I. 29.

(132) Lib. I. tit. 29. de off. et pot. iud. del.; cap. 7. de off. ord. I. 16. in Sext.; Reg. Jur. 68. 72. in Sext.; Instr. S. C. Ep. et Reg. 11. Iunii 1880. art. 12.

(133) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 6. de ref.; *Pirhing* I. c. lib. I. tit. 29. n. 3. n. 36. sq. Quare iudex ordinarius principium causae contentiosae, v. g. citationem, medium, velut testium examen, finem sive sententiam, et executionem delegare potest. Cfr. *Durantis* I. c. tit. de iudice del. § Sequitur. Quatenus causae iurisdictionis voluntariae vel ordinis vel iurisdictionis



107. Iudex delegatus a Rom. Pontifice (134) etiam ad particularem solummodo causam cognoscendam, propter singularem praerogativam Sedis Apostolicae (135), potest ordinarie denuo uni vel pluribus subdelegare (136), nisi industria personae sit electa, aut delegato mera executio sit commissa (137). Delegatus vero iudex ab inferiore quodam iudice ordinario totam causam sibi commissam subdelegare nequit (138), nisi ad hoc habeat speciale mandatum (139) aut generaliter sive ad universalitatem quandam causarum sit deputatus et propterea ordinario iudici aequiparetur (140). Qui delegatus generalis, quamvis universam suam potestatem subdelegare non possit, tamen ad causas particulares aut ad speciales articulos iuris-

nis criminalis delegari possint, exponunt *Schmalzgr.* lib. I. tit. 29. n. 18. sq.; *Pirhing* eod. tit. n. 29. sq. — Archiepiscopus sive Metropolitae potest tamquam suum delegatum constituere aliquem subditum suffraganei, si subditus ille velit delegationem acceptare; at nequit eum cogere ad delegationem acceptandam aut ad exequendas Metropolitanas sententias. Cfr. *Boutx*, De Episcopo tom. I. p. 478.; *Ferraris*, Pr. bibl. v. Archiepiscopus art. 2.

(134) De delegatis a Legatis Sed. Apost. cfr. cap. 18. X. de sent. et re iud. II. 27.; cap. 2. de off. leg. I. 15. in Sext.; *Pirhing* l. c. n. 22. — Iudices a Rom. Pontifice delegati ultra duas diaetas (diaeta = iter unius diei, et ex L. 3. D. de Verb. Sign. L. 16. viginti millia passuum continet) extra dioecesim litigantium non sunt constituendi. Cfr. cap. 28. X. de rescriptis (Inn. III.) l. 3. Quam distantiam Bonifacius VIII. cap. 11. de rescriptis I. 3. in Sext. ad unam diaetam restrinxit pro prima, secunda, tertia instantia.

(135) At vel ipse delegatus a Rom. Pontifice ita subdelegare nequit, ut facultatem iterum subdelegandi subdelegato suo concedere valeat. Cfr. cap. 27. § 4. X. de off. et pot. iud. del. I. 29.; *Pirhing* l. c. n. 20.; cfr. quoque part. decis. cap. 6. X. de off. et p. i. d.; *Durantis* l. c. lib. I. part. 1. de iudice deleg. § Iam nunc n. 5.

(136) Cap. 62. X. de appell. II. 28.; cap. 3. 18. 28. X. de off. et pot. iud. del. I. 29.; cap. 6. de off. et p. i. d. I. 14. in Sext.; cap. unic. de off. et pot. iud. del. I. 18. in Clem.

(137) Cfr. quoque cap. 43. §§ 1. 2. X. de off. et pot. iud. del. I. 29.

(138) Gloss. ad cap. 62. X. de appell. II. 28.; *Durantis* l. c. in not. 135.

(139) Gloss. ad cap. 12. de off. et pot. iud. del. I. 14. in Sext. De Vicariis Apostolicis eorumque facultate sibi substituendi Provicarios cfr. Schema Conc. Vatic. apud *Martin*, Collect. doc. Conc. Vatic. p. 141.; *Zitelli*, Apparatus iur. eccl. p. 136. sq.; Collectanea Const. S. Sedis p. 4. sq. p. 65. sq.

(140) Notat *Boutx*, l. c. I. p. 436. sq. Vicarium generalem absque mandato speciali Episcopi non posse sibi dare substitutum eum eadem potestate quam ipse habet; imo multi recte tenent id ne ad breve quidem tempus sine speciali mandato Episcopi fieri posse. Cfr. *Leuren*, De Vicar. Episc. c. 3. q. 198. At Vicarius generalis, licet ad universalem causarum delegare non possit sine mandato speciali, unam tamen alteramve causam potest sine speciali mandato Episcopi delegare. Cfr. quoque *Droste* l. c.



dictionales, v. g. ad examen testium, subdelegare non prohibetur (141).

**108.** Si a Sede Apostolica duobus delegatis causa committatur simpliciter, neque apponatur clausula, ut unus sine altero procedat in ea, nihilominus unus ex ipsis sive suo coniudici sive alii vices suas potest subdelegare (142). At si causa duobus iudicibus a Rom. Pont. delegetur in solidum conditionate, sive cum clausula " quod si ambo interesse non possint, alter solus procedat., si unus ex delegatis impeditus sit, quominus per se causam cognoscat, is potest quidem alteri causam subdelegare, sed alter delegatus istum subdelegatum per exceptionem repellere solusque procedere potest (143). Denique si iudex tertius, licet ex officio vel de assensu partium a Sede Apostolica datus, alii subdelegaverit vices suas, subdelegatio ipsius valet. Idem quoque dicendum est, cum mandatur Episcopo, ut cum altero suorum coniudicum mandatum Apostolicum exequatur, et tunc sine subdelegato ab ipso Episcopo reliqui duo procedere non valent (144).

**109. Scholion.** Paucis quibusdam personis privilegiatis, veluti Ordinibus regularibus, studiis generalibus, Capitulis, concessa quondam fuerat a Sede Apostolica facultas eligendi *iudices conservatores* (cfr. cap. 1. 2. 15. de off. et pot. iud. del. I. 14. in Sext. et Passerini, qui praesertim in interpretatione cap. 15. fuse de conservatoribus disputat), qui iudicibus delegatis Sedis Ap. merito adnumerantur. Quod quidem patet, quia de iudicibus conservatoribus in libro Sexto, ubi prima vice eorum mentio occurrit in collectione quadam authentica, agitur sub titulo de officio et potestate iud. deleg. Quare cum ex *rubro* liceat concludere ad *nigrum*, recte exinde concluditur iudices conservatores esse iudices delegatos, non iudices ordinarios. Iudices hi conservatores, quorum nulla est mentio, ut diximus, sive in Decreto Gratiani sive in collectione Gregoriana, commemorantur in Sexto cap. 1. tit. cit. (Innoc. IV.) nec non praeter alia cap. 15. Bonifacii VIII., qui desumpsit

p. 23. de potestate delegandi Vicarii generalis in causis criminalibus, si mandato generali ad has causas sit instructus.

(141) *Bouix* l. c. I. p. 146.; *Muenchen* l. c. I. p. 28. sq.; *Scherer* l. c. p. 418.; *Pirhing* l. c. n. 4. sq., n. 21. sq. n. 47. sq.; *Tancredus* l. c. tit. de iud. delegat. §§ 2. 4.

(142) Cap. 6. 16. 22. X. de off. et pot. iud. del.

(143) Cap. 34. X. de off. et pot. iud. del.; cap. 21. 23. X. eod.; cap. 13. X. de rescr. I. 3.

(144) Cap. 43. pr. X. eod.; *Pirhing* l. c. n. 16; *Scherer* l. c. I. p. 418. sq.

materiam capitis ex epistola decretali Alexandri IV. “ *Quia de conservatoribus* „ ut iam notavit Ioannes Andreae. Ex his capitibus deducitur, iam tempore Innocentii IV. consuevisse dari iudices conservatores, eos a Sede Ap. datos fuisse, nec adhuc extitisse praxim ut privilegiati ipsi possent eos sibi *eligere*.

110. Quod si inquiramus in finem, quo dati sunt huiusmodi conservatores, videntur in primis dati ad tutelam exemptorum sive eorum qui Sedi Apostolicae immediate fuerunt subiecti. Nam iura illorum exemptorum non tantum fuerunt iura propria privilegiatorum, sed etiam iura Sedis Apost., cuius praerogativae violatae sunt, si exempti iniuriis fuerunt affecti. Quam necessaria fuerit huiusmodi protectio patet ex cap. 25. X. de sent. excomm. etc. V. 39. (Honorii III). quoad monasteria et prioratus Cluniacenses. Postquam iam Innocentius IV. et Bonifacius VIII. potestatem et officium conservatorum, quorum existentiam supponunt, accuratius circumscripserunt, multo magis a Concilio Tridentino sess. XIV. c. 5. de ref. conservatorum iurisdictio certis finibus est conclusa (cfr. *Richter*, Conc. Trid. p. 89. sq.). Novis autem controversiis aut difficultatibus exortis Gregorius XV. Const. “ *Sanctissimus* „ 20. sept. 1621. atque Innocentius X., per confirmationem datam 15. Maii 1653. sententiae a particulari Congregatione 16. Apr. 1648. latae, finem imposuerunt. Denique Clemens XIII. Const. “ *Cum omnium* „ 23. Apr. 1762. post confirmatas constitutiones Bonifacii VIII., Gregorii XV., Innocentii X., adiectaque declaratione quod superiores Regularium temporanei conservatores constitui non possent, Regularibus in missionibus apud infideles degentibus iudices conservatores eligere omnino prohibuit. Qua prohibitione facta, cum ex aliis regionibus facilis esset recursus ad Sedem Apost. atque Congregationes Romanas, institutum conservatorum practice extinctum est (145).

(145) *Pirhing* l. c. n. 202. sq.; *Fagnan*. l. c. in cap. 11. X. de off. et pot. iud. del. l. 29.; *Benedict*. XIV., De synod. dioec. lib. IV. cap. 6.; *Ferraris* l. c. v. Conservatores; *Moneta*, Tract. de conservatoribus, Lugd. 1619. Cfr. causam relatam in Act. S. Sed. vol. V. p. 598. sq., in qua Regulares a duobus parochis coram Episcopo dioecetano in ius vocati fuerunt. Cfr. quoque Conc. Trid. sess. VII. c. 14. de ref. et decr. S. C. C. in ed. Conc. Trid. *Richter* p. 55. sq.

§ 3. DE PERSONIS HABILIBUS AD OFFICIUM  
IUDICIS ECCLESIASTICI.

**I. De habilitate ad officium iudicis ordinarii.**

111. Omnes esse possunt iudices ecclesiastici, qui natura vel iure canonico non prohibentur, sive neque absolute vel relative inhabiles neque suspecti existunt (146).

112. Ab officio iudicis ecclesiastici absolute prohibentur :

1) Surdi, muti, perpetuo furiosi, impuberes (147).

2) Caeci, qui licet iure Romano iudicandi officio fungi possint, si iudices facti sint, antequam in caecitatem inciderint, tamen iudices fieri nequeunt (148).

3) Infames (149).

4) Publice excommunicati (150).

5) Infideles et quotquot non sunt membra Ecclesiae, velut publici haeretici, schismatici.

6) Laici in causis ecclesiasticis, maxime spiritualibus (151).

7) Servi et feminae (152).

8) Minores 18. annis, etsi iam sunt puberes (153), nisi auc-

(146) c. 1. C. III. q. 7. cum dict. Grat.; L. 12. § 2. D. h. t. V. 1.; Instr. Card. Rauscher § 98.; *Schmalzgr.* lib. I. tit. 32. n. 3. n. 12.; *Durantis* l. c. § Potest.; *Tancred.* l. c. tit. de iudicib. ordin. § 2.; Editto Card. Gambellini ad rem nostram non pauca continet decreta velut §§ 119. 120. de aetate et gradibus academicis iudicum et assessorum. — Absolute autem inhabiles sunt qui carent sive *scientia* iuris, sive *prudencia*. Cfr. *Bucceroni*, Inst. Th. mor. II. n. 3. Quae quidem patent, quia unusquisque ea scire debet, quae spectant ad officium susceptum et sine quorum cognitione officium recte gerere nequit. Porro iudicis est in particulari quid iustum sit decernere; quod sine cognitione iuris naturalis et positivi fieri nequit. Praeterea iudicis est legem recte intellectam applicare ad casus particulares, quod nequit fieri sine *prudencia*.

(147) L. 12. § 2. L. 39. L. 46. D. h. t.; *Muenchen* l. c. I. p. 68.

(148) L. 6. D. h. t.; *Schmalzgr.* lib. I. tit. 32. n. 3.

(149) c. 1. C. III. q. 7.; cap. 47. X. de testib. II. 20.; Reg. Iur. 87. in Sext.

(150) c. 4. C. XXIV. q. 1.; cap. 24. X. de sent. et re iud. II. 27.; cap. 1. de sent. et re iud. II. 14. in Sext.; *Suarez*, De cens. disp. XIV. sect. 1., disp. XVI. sect. 1.; *Schmalzgr.* l. c.; *Kober*, D. Kirchenbann p. 359. sq. 415. sq.; *Die Suspension* p. 88. 103. 109. sq.

(151) Cap. 2. h. t.; cap. 18. X. de foro comp. II. 2.; Instr. cit. 11. Iun. 1880. art. 12.; *Bouix* l. c. p. 147. sq. 462. sq. 463.; *Schmalzgr.* lib. I. tit. 29. n. 14.; h. t. n. 83. sq.; *Droste* l. c. p. 33.; Archiv f. k. KR. t. 53. p. 331. sq.; *Scherer* l. c. I. p. 416.

(152) Gratian. ad c. 1. C. III. q. 7.; L. 12. § 2. D. h. t.; L. 2. pr. D. de R. I. L. 17.

(153) L. 57. D. de re iud. XLII. 1.

toritate R. Pontificis constituentur; qui vero constituti sunt infra annum vigesimum completum, sed annum 18. transcendunt, nisi partes scienter consentiant in eosdem, ab alio quam a R. Pontifice valide delegati iudices dari non possunt; at cum quis vigesimum annum peregerit, dari potest in aetate huiusmodi delegatus (154).

9) Denique qui carent scientia requisita ad officium iudicis (155). Quare si iudici ecclesiastico haec scientia iuris desit, sese iuvare debet per alios, v. g. per auditores vel assessores (156).

113. Propter relativam inhabilitatem nemo existere potest iudex ecclesiasticus:

1) In causa propria sive ut actor sive ut reus (157), nisi iudex supremus in Ecclesia i. e. Rom. Pontifex (158); iudices vero R. Pontifici inferiores id ordinarie non possunt, nisi factum sit notorium, vel praelatus iudicet in causa, quae directe et principaliter spectet ad ecclesiam suam vel dignitatem, vel dubium decidendum sit, num causa quaedam, ad iudicis tribunal delata, possit ab eo definiri (159).

2) In causis uxoris vel liberorum vel ceterorum, quos secum habet (160).

3) In causa, in qua prius advocatum egit (161).

4) In causa, quae est similis illi, quam ipse iudex, sive ut actor sive ut reus, habet in iudicio (162).

114. Iudex absolute et relative habilis neque ipso iure ab officio iudiciali exercendo exclusus, qui nihilominus saltem

(154) Cap. 41. X. de off. et pot. iud. del. I. 29. Cfr. de aetate iudicum ordinariorum: *Tancred.* l. c. P. I. tit. 1. § 2.; *Durantis* l. c. I. I. part. 1. tit. de iud. deleg. § Excipi n. 3.; *Schmalzgr.* lib. I. tit. 32. n. 3.; Editto Card. Gamberini § 119.; *Martin*, Collect. doc. Conc. Vatican. Schema de Episcopis cap. 7. de Vicar. Generali p. 134.

(155) Cap. 1. i. f. X. IV. 14.; c. 3. D. 4.; Instit. de off. iud. IV. 17.; L. 17. Cod. de iud. III. 1.; L. 7. Cod. de iurisd. III. 13.; Novell. 82. praef.

(156) Cap. 11. de reser. I. 3. in Sext.; *Bouix* l. c. I. p. 460. sq.

(157) L. 1. § 11. D. quando appell. XLIX. 4.; L. 17. De iudiciis V. 1.; L. unic. Cod. ne quis III. 5.; cap. 11. de appellat. II. 15. in Sext.; *Bouix* l. c. I. p. 127. sq.

(158) Cap. 12. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 17. 18. 19.; *Palmieri*, De Rom. Pontif. th. 36.

(159) L. 5. D. h. t.

(160) L. 10. D. de iurisd. II. 1.; cap. 36. X. de appell. II. 28.

(161) L. 17. D. de iurisd. II. 1.; L. 6. pr. Cod. de postul. II. 6.; L. 14. Cod. de assess. I. 51.; cap. cit. 36. de appell.; *Bouix* l. c. p. 124.; *Droste* l. c. p. 33. 41. sq.

(162) Cap. 18. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 17.

uni ex partibus litigantibus forte *suspectus* est, optimo iure recusatur. Hinc ut quis iudex existere possit, praeter absolutam et relativam habilitatem, requiritur ut a legitima suspicione sit immunis. Quae sint iustae causae suspicionis, licet non paucae in iure commemorantur (163), tamen taxative non sunt definitae, sed quaecunque iusta causa suspicionis in foro ecclesiastico est attendenda (164).

**115. Scholion.** Si iudex inhabilis sit, ex officio a iudicio exercendo abstinere debet. Quod si negligat, a partibus per exceptionem iudicis inhabilis recusari potest (165). Verum si iudex absolute et relative habilis existat, sed uni forte ex partibus sit suspectus, ordinarie partium est, iudicem suspectum recusare, per exceptionem iudicis suspecti (166), neque iudex per se et ex officio se abdicare tenetur munere iudicandi (167).

## II. De habilitate ad officium iudicis delegati.

**116.** Omnes qui iure naturae vel lege ecclesiastica non prohibentur, ii iudices delegati esse possunt, et regulariter, qui ab officio iudicis ordinarii prohibetur, is pariter officio iudicis delegati fungi nequit (168).

**117.** Quamvis Romanus Pontifex ex plenitudine suae potestatis simplices clericos atque adeo laicos ad causas ecclesiasticas delegare possit, tamen Bonifacius VIII. cap. 11. de rescr. I. 3. in Sext. sanxit, ut nullis, nisi dignitate praeditis aut personatum obtinentibus sive ecclesiarum cathedralium canonicis, causae Sedis Apostolicae vel Legatorum eius de cetero committerentur. Cui statuto postea accessit constitutio Clementis V. cap. 2. de rescr. I. 2. in Clem. et decretum

(163) C. 25. X. I. 29.; cap. 61. X. de appell. II. 28.

(164) Cap. 36. X. de appell. II. 28.

(165) Cap. 41. X. de off. et pot. iud. del. I. 29.

(166) Cap. 17. 25. 35. X. eod. I. 29.

(167) Cfr. lib. II. tit. 28. de appell., recusat. et relat., praesertim cap. 61.; Instr. Card. Rauscher § 100.; *Schulte*, Eheprocess § 8. p. 27.; *Droste* l. c. p. 41. sq.; *Pirhing* l. c. lib. I. tit. 29. n. 130. sq.; *Durantis* l. c. lib. I. partic. 1. tit. de recusatione; *Tancred.* l. c. P. II. tit. 6. de recusationib. iudicum. Cfr. Cod. proced. civ. Italiae art. 116. sq. « Della ricsuzione e della astensione dei giudici e degli ufficiali del ministero pubblico ». Cfr. de modo procedendi, si recusetur iudex tamquam suspectus: *Bouix*, De iud. eccl. tom. I. p. 179. sq., 517. sq., De Episcopo t. I. p. 474.; *Card. Petra* t. I. ad. 2. Const. Leon. IX. sect. 5. n. 13.

(168) Cap. 3. 41. X. de off. et pot. iud. del.; *Pirhing* l. c. n. 29. sq.



Conc. Trid. Sess. XXV. cap. 10. de ref. nec non Benedicti XIV. Const. „*Quamvis paternae* „ 26. Aug. 1741. (169).

Nostro tempore sane facile et frequenter praesertim ex Italia causae immediate ad Sedem Apostolicam deferuntur, verum etiamnum non desunt exempla, quibus praeter quaestiones in processu canonizationis et beatificationis et in causis quibusdam matrimonialibus, v. g. dispensationis matrimonii rati, aliae quoque causae ecclesiasticae iudicibus delegatis extra Urbem a Sede Apostolica committantur (170); imo ultra montes non paucae reperiuntur delegationes Sedis Apostolicae (171), quibus definitio causarum ecclesiasticarum praesertim matrimonialium in secunda et in tertia quoque instantia conceditur (172).

118. Episcopi alique inferiores iudices ordinarii, simplices quoque clericos, alias discretos et idoneos, delegare valent, cum quoad illos ius antiquum capitis cit. 11. de resc. in Sext. non fuerit correctum, neque prohibentur a delegatione clerici, qui suae iurisdictioni non sit subiectus; at clericum non subditum ad acceptandam delegationem cogere non possunt (173).

119. **Scholion.** Cum disputatur de habilitate iudicis ecclesiastici, incidit quaestio, utrum acta iudicis inhabilis, qui communi errore habetur iudex, sint valida necne. Cui quaestioni

(169) Cfr. quoque resol. S. C. C. in ed. *Richter* Conc. Trid. p. 457. sq.; *Bened. XIV.*, De Synod. dioec. lib. IV. cap. 5. De iudicibus synodalibus. Si quaeratur num *subdelegatus* a delegato Sedis Apostolicae debeat habere easdem qualitates ac delegatus respectu „dignitatis“, negative videtur respondendum; quia Sedes Ap. procedit ex idoneitate *praesumpta*, delegatus vero, qui in loco praesens est, ex *certa scientia* personarum. Ita sentit *De Angelis* l. 29. n. 4.; *Santi* eod. tit. n. 14.; qui secuti sunt *Giraldi*, Expos. iur. pont. p. I. sect. 163. Cfr. etiam *Schulte*, Eheprocess p. 33., ubi similem quaestionem tractat, eamque negative resolvit; sed ratio ipsius non concludit.

(170) Cfr. caus. rel. in Arch. f. k. KR. tom. 21. p. 417. sq.

(171) Qua praxi constituendi v. g. Archiepiscopos delegatos Sed. Apostol., qui in secunda instantia definiant causas ecclesiasticas ab aliis Archiepiscopis in prima instantia cognitae, illud efficitur ut decretum Conc. Trid. sess. XIII. cap. 2. de reform. sine incommodis quibusdam cap. 10. sess. XXV. de reform. possit observari. Cfr. *Droste* l. c. p. 26. 27. De praxi Eccles. Orient. consuli possunt: Synod. Montis Libani (1736.) (Collect. Lac. tom. II. p. 323. III.); Conc. prov. Alba-Iul. (1872.) p. 182.

(172) Pii IX. Breve 12. Ian. 1855. datum Episc. Wratisl. ap. *Laemmer*, Instit. d. k. KR. p. 234. sq.; *Vering*, Inst. i. eccl. § 181.; *Schulte*, Eheprocess append. IV.

(173) Cap. 2. de const. l. 2. in Sext.; cap. 9. X. de off. ord. l. 31.

optimo iure communiter affirmative respondent canonistae (174). Quodsi in genere de hac assertione dubium non existit inter canonistas, tamen non consentiunt de conditionibus requisitis, ut Ecclesia de facto iurisdictionem suppleat (175). Qua in re principalis controversia de hac quaestione versatur, num praeter errorem communem requiratur titulus coloratus. Cuius tituli colorati necessitatem tenent *Pirhing* h. t. n. 84. (176) aliique, negat vero *Schmalzgr.* h. t. n. 21. cum non paucis. Quae negatio necessitatis tituli colorati, quamvis rationibus haud spernendis fulciatur, praesertim pro lege *ferenda*, tamen neque expressa claraque iuris canonici sanctione vel approbatione, neque constanti praxi tribunalium ecclesiasticorum, neque communi quadam consuetudine certum et indubitatum habet fundamentum (177).

#### § 4. DE POTESTATE SIVE IURIBUS IUDICIS ECCLESIASTICI.

##### I. De potestate sive iuribus iudicis ordinarii.

120. Fundamentum potestatis et iurium iudicis ecclesiastici est vera iurisdictio ecclesiastica, quatenus sensu stricto denotat potestatem iudicalem distinctam a potestate legislativa et a iurisdictione voluntaria (178). Quae iurisdictio sensu illo restricto accepta pariter est aut ordinaria aut delegata. Illa est, quae exercetur iure et nomine proprio vi officii, quod quis gerit; haec non exercetur vi officii proprioque iure et nomine, sed praecise ex commissione alterius, sive iuris sive hominis, ideoque alieno iure et nomine (179).

Voces iurisdictionis delegatae et mandatae, si spectetur usus loquendi in fontibus iuris canonici, sine dubio promiscue adhibentur (180); at in iure Romano, si voces illae sensu stricto sumantur, differentia quaedam reperitur inter iuris-

(174) L. 3. D. de off. praet. I. 14.; c. 1. C. III. q. 7. cum dicto Grat.; Cap. 24. X. de sent. et re iud. II. 27. cum Glossa, v. Innodatus; *Schmalzgr.* h. t. n. 20.; *De Angelis* h. t. n. 23. sq.

(175) *Schmalzgr.* l. c.; *Bouix* l. c. I. p. 132.

(176) Etiam *Zech* l. c. tit. 3. de iudice § 37. videtur existimare errorem communem sufficere.

(177) *Lugo*, De iust. et iure disp. 37. sect. 3. n. 23.

(178) *Zech* l. c. P. I. tit. 2. de iurisdictione; *Muenchen* l. c. I. p. 1. sq.

(179) *Schmalzgr.* lib. I. tit. 29. n. 7. 8. tit. 32. n. 4. sq.; *Muenchen* l. c. p. 11. sq.; Dig. II. 1. de iurisdictione; Cod. III. 13. de iurisdictione omnium iudicum.

(180) Cap. 19. X. de off. et pot. iud. del. I. 29.; cap. 12. eod. I. 14. in Sext.; Archiv f. k. KR. tom. 37. p. 211. sq. tom. 41. p. 337.

dictionem delegatam et mandatam (181). Quae differentia in foro ecclesiastico alicuius utilitatis est in examinanda iurisdictione Vicarii generalis, quae maximam habet similitudinem cum iurisdictione legatorum proconsulis in iure romano; quatenus vero immediate vi officii, non directe ex commissione alterius, iurisdictione generaliter ad causarum cognitionem in Officiale Episcopi transfertur, merito iurisdictione ordinaria dici potest (182).

Quodsi recentiores quidam canonistae (183), praeunte *Hinschius* (184), iurisdictionem quasi-ordinariam vel vicariam tanquam tertiam quandam speciem ab ordinaria vel delegata iurisdictione omnino distinguendam esse existimarunt, huiusmodi theoria neque in fontibus solidum fundamentum habet, nec perspicuitate commendatur (alii enim alios clericos iurisdictione quasi-ordinaria praeditos esse dicunt (185)), neque praxi ecclesiastica communique canonistarum sententia est recepta.

121. Iudex ecclesiasticus habet ius, ut ipsi in processu canonico dirigendo exhibeatur reverentia et obedientia (186). Quare iudici ecclesiastico competit facultas omnia faciendi, sine quibus iurisdictione explicari non potest (187). Porro in casibus a iure expressis iudex exigere potest, ut partes personaliter in iudicio compareant (188). Maximi vero momenti est ius iudicis, quod possit interrogare partes de facto (189), quoties dubitationis aliquid occurrit (190).

At ius tribunalis ecclesiastici ad obedientiam et reverentiam inane esset, nisi potestas quoque competeret iudici tuendi suam iurisdictionem adhibita coercitione inflictisque

(181) L. 1. § 1. D. quis a quo appelletur XLIX. 3.; *Muenchen* l. c. I. p. 13. sq.; *Archiv f. k. KR.* tom. 15. p. 352. sq.

(182) Cap. 2. de off. vic. I. 13. in *Sext.*; *Muenchen* l. c. p. 24.; *Archiv f. k. KR.* tom. 15. p. 349. sq.

(183) *Vering*, *Inst. iur. eccl.* § 182.

(184) *Syst. d. k. KR.* tom. I. p. 181. sq.

(185) *Scherer* l. c. I. p. 422.

(186) L. 8. D. de appell. XLIX. 7.; cap. 11. X. de poenis V. 37.

(187) L. 2. D. de iurisd. II. 1.; *Instr. Card.* *Auscher* § 123.

(188) Cap. 1. h. t. in *Sext.* et *Passerin.* l. c. in hoc cap.; cit. *Instr.* §§ 127. 128. 143. 145. 146. 211. 212. 217. 218.

(189) *De facto*, nam "iura novit Curia".

(190) c. 10. 11. C. XXX. q. 5.; cap. 10. X. de fide instr. i. f. l. 22. cap. 6. h. t. X.; cap. 2. de V. S. V. 11. in *Clem.*; *Schulte*, *Eheprocess* §§ 13. 20 p. 44. 71.

poenis (191). Quae potestas coercendi sese extendit ad omnes personas, quae, sive ut litigatores sive tanquam advocati, procuratores, aliave ratione in iudicio interveniunt (192). Poenae, quas iudex decernere potest, sunt arbitrariae (193), et ordinarie consistunt in reprehensione vel multa pecuniaria vel, v. g. in advocatis, suspensione ab officio (194).

Denique iudex singularem illam habet praerogativam, quod in omnibus actis ad suam competentiam spectantibus legitimaque forma in scripturam redactis publicam mereatur fidem, ita ut pro iudice stet duplex praesumptio iuris, scilicet in actis iudicialibus formam legitimam esse servatam, et vera esse, quae iudex innixus cognitioni publicae testatur. Quae praesumptio simplici negatione non potest elidi, sed contraria eaque plena probatione demonstrandum est iudicem ecclesiasticum errasse aut dolum commisisse (195).

## II. De potestate sive iuribus iudicis delegati.

122. Potestas iudicis delegati maxime eruenda est a mandato sive commissione ab ipso exhibenda (196), cuius limites si iudex delegatus transgrediatur, nulli et irriti sunt eius actus (197). Praeterea saltem negative metienda est ex potestate delegantis (198). Denique ut generale principium illud tenendum est, quod iudex quoque delegatus habeat omnem potestatem, sine qua mandatam iurisdictionem exequi non potest (199).

Quid in specie possit iudex, id maxima ex parte erui potest ex capitibus modo citatis et fusius explicatur a commentatoribus lib. I. tit. 29. de off. et pot. iud. del., v. g. a *Schmaltzgr.* n. 32. sq., *Pirhing* n. 71. sq. (200).

(191) L. 2. D. de iurisd. II. 1.; L. un. D. si quis ius dic. II. 3.

(192) Cfr. cit. Instr. Card. Rauscher § 143.

(193) Cit. cap. 11. X. de poen.; cap. 1. de poen. V. 9. in Sext.

(194) L. 9. D. de poen. XLVIII. 19.; Editto Card. Gamberini §§ 139. sq. 267. sq. — Confer de facultate in iure expresse statuta infligendi - provisoriam - quamdam " suspensionem " *Kober*, Die Suspension p. 28. 29.

(195) Cap. 7. 11. X. de probat. II. 19.; cap. 13. 16. X. de sent. et re iud. II. 27.

(196) Cap. 31. X. de off. et pot. iud. del. I. 29.

(197) Cap. 37. X. eod. I. 29.

(198) Cap. 1. de iudiciis II. 1. in Sext.; *Passerin*. l. c. in hoc cap. 1.

(199) L. 2. D. de iurisd. II. 1.; cap. 1. 5. 7. 11. 21. 26. X. de off. et pot. iud. del. I. 29.

(200) Cfr. quoque *Tancred.* l. c. P. I. tit. 2. de iudicib. delegat. § 2.; *Bonix* l. c. I. p. 155. sq.; *Scherer* l. c. I. p. 417. sq.

## § 5. DE OFFICIO SIVE OBLIGATIONIBUS IUDICIS ECCLESIASTICI.

## I. De officio (201) sive obligationibus iudicis ordinarii.

123. Obligationes iudicis ecclesiastici generatim sunt eadem ac iudicum quoque saecularium (202).

Quare iudicis quoque ecclesiastici in primis est administrare iustitiam sine acceptatione personarum (203).

Iudex ecclesiasticus graviter violat officium per dilationem valde notabilem in terminandis causis sine iusta causa factam, ideoque parti laesae damna ex iniqua dilatione secuta restituere tenetur (204).

Ut non solum ab ipsa iustitiae violatione quam longissime absit, sed etiam a periculo iuris pervertendi arceatur, munera acceptare omnino prohibetur (205), nisi forte esculenta vel poculenta ex liberalitate (206).

Iudex quoque ecclesiasticus debet sententiam pronuntiare iuxta probabiliorem sententiam, derelicta probabili (207). Sub qua regula non comprehenduntur causae criminales, in qui-

(201) Officium iudicis dicitur *nobile*, si ex officio procedit et non ad instantiam partis; *mercenarium* autem dicebatur quando ad instantiam partis procedit. Porro principium est iudicem non imploratum non debere se *privatis* civium litibus immiscere; quod tamen principium striete est intelligendum, nec extendendum nimis. Nam si *bonum publicum* aliud exigat, ut quum agitur de pupillis, vel quum litem iam inchoatam prorogare alterutra pars studeat ad innocentem alterius partis simplicitatem circumveniendam vel in aliis casibus similibus, iudex etiam non imploratus procedere potest et debet, etiamsi *proximum* litis obiectum sit negotium quoddam privatum. Cfr. *Zech* l. c. tit. 3. de iudice.

(202) *Tancred.* l. c. P. I. tit. I. de iudicibus ord. § 3.; *Durantis* l. c. tit. de off. ord. § officium; *Schmalzgr.* lib. I. tit. 32. n. 22. sq.; *Lugo*, De iust. et iure disp. 37.; *Gury-Ballerini*, Theol. mor. tom. II. n. 1. sq.; *Muenchen* l. c. I. p. 63. sq. 72. sq.; De obligationibus iudicum in Statu Pontificio et imprimis etiam de obligatione residendi cfr. Editto Card. Gamberini §§ 97. sq. 106. sq.; Cod. proced. civ. Ital. art. 783. sq. Dell'azione civile contro le autorità giudiziarie e gli uffiziali del ministero pubblico.

(203) L. 19. D. de off. praesid. l. 18.; R. l. 12. in Sext.

(204) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 20. de ref., sess. XXV. cap. 10. de ref.; *Bonix* l. c. I. p. 136.

(205) Novell. 8. c. 126.; C. l. q. 1.; c. 66. 71. C. XL. q. 3.; c. 15. § 1. C. XIV. q. 5.; cap. 10. X. de vit. et hon. cler. III. 1.; cap. 11. § 4. sq. de reser. l. 3. in Sext.; cap. 1. de sent. II. 14. in Sext.; *Lugo* l. c. disp. 37. n. 123. sq.

(206) lure particulari etiam haec interdicta esse possunt v. gr. Romae examinatores in Curia ne esculenta quidem possunt acceptare.

(207) Cfr. prop. damn. 2. ab Innocentio XI. 2. Mart. 1679. et prop. damn. 26. ab Alex. VII. 24. Sept. 1665.



bus etiam in foro ecclesiastico reus absolvendus est, nisi certa sit criminis probatio (208); neque illae causae matrimoniales, in quibus rei petitae certa requiritur probatio, v. g. nullitatis matrimonii (209). Quodsi pro utraque parte aequalis sit iuris probabilitas, in favorem possessionis ferenda est sententia iuxta R. I. 65. in Sext. et cap. 3. X. de probat. II. 18., nisi agatur de causis privilegiatis veluti testamenti, libertatis, coniugii, dotis, in quibus, aequali probabilitate utrimque existente, pro valore actus et pro libertate est pronuntiandum (210); item in causis piis, viduae, pupilli.

Denique iudici ecclesiastico incumbit obligatio iudicandi de quaestionibus iuris (211) secundum leges (212), nisi sit supremus legislator (213); de quaestionibus vero facti secundum allegata et probata. Quare iudex privata sua scientia in ferenda sententia contra reum uti nequit, quem certo scit esse noxium (214). At si quaeratur, num iudex eum condemnare possit, quem privata scientia certo scit esse innocentem, secundum allegata et probata vero de delicto convictum existimat, in varias sententias abeunt doctores (215), ex quibus illa videtur ceteris praeferenda, quae negat etiam iudicem ecclesiasticum posse et debere reum per sententiam condemnare, quem privata scientia certo scit esse innocentem (216), sed ipsius est iudicium declinare (217).

(208) R. I. 11. in Sext.; *Lugo* l. c. n. 139. sq.

(209) Instr. Card. Rauseher §§ 147. 108.; *Schulle*, Eheprocess §§ 8. 59. p. 31. 194.

(210) Cfr. cit. cap. 3. X. de prob.; cap. 26. X. de sent. et re iud. II. 27.; Summar. h. cap. 26. X.; *Gonzalez-Tellez* l. c. in cap. 26.; *Bouix* l. c. I. p. 140.

(211) Cfr. de obligatione iudicis supplendi errores iuris et facti per partes commissos: *Santi* l. c. lib. I. tit. 32. n. 19.

(212) Cfr. pr. Inst. de off. iud. IV. 17.; c. 3. (S. August.) D. 4.

(213) *Lugo* l. c. n. 88.

(214) *Schmalzgr.* lib. I. tit. 32. n. 26.; *Lugo* l. c. n. 50.; *Bouix* l. c. I. p. 142.

(215) *Schmalzgr.* lib. I. tit. 32. n. 27.; *Lugo* l. c. n. 41. sq.

(216) Cfr. *Zallinger* l. c. II. 27. § 405. (a): "Propria huius loci est quaestio, utrum iudex eum, qui secundum allegata et probata reus est, quem tamen privata scientia certo scit esse innocentem, condemnare possit in causa civili vel criminali? Resp. Nullo casu potest; quia ex conscientia sua et ex fide, quae ipsi fit, iudicare debet. Cfr. § 231. Persona publica dicitur iudex, quia publica auctoritate in utilitatem publicam constitutus est, non ut publicam (in iudicio allegatam) sequatur falsitatem; cum scriptum sit Exod. XXIII. 1. et 2. — "Non suscepias vocem mendacii.... non sequeris turbam ad faciendum malum, nec in iudicio plurimorum acquiesces sententiae, ut a vero devies —".

(217) Cfr. *Keller* l. c. § 86. Verantwortlichkeit des Magistrats u. d. Iudex in iure Romano.

## II. De officio sive obligationibus iudicis delegati.

124. Iudex delegatus maxime his obligationibus tenetur: Ad praecavendas fraudes non potest valide procedere, antequam receperit delegationis mandatum vel sibi praesentatum fuerit rescriptum, si de delegatione Rom. Pontificis agatur (218); et illud in forma authentica Ordinario loci delegationis suae et partibus exhibere debet (219).

Praeterea non debet excedere limites in mandato delegationis statutos sub poena nullitatis actuum (220). Exceptiones ab hac regula, quas affert *Schmalzgr.* l. c. n. 28., ut recte animadvertit *Bouix* l. c. I. p. 154., potius apparentes quam verae sunt (221).

Maxime vero attendendus est tenor rescripti, si complures iudices delegati constituentur, scilicet utrum omnes simpliciter sive collegialiter, an in solidum singuli, an tantum conditionate, id est, reliquis impeditis, maior minorve pars, atque adeo unus, ad iudicium deputentur (222).

Denique iudex delegatus debet admittere necessarias probationes et rationabiles exceptiones et recusationes nec non appellationes legitimas (223).

125. *Scholion.* Circa rationem, qua appellatio in iudiciis delegatis interponi admittique possit vel debeat, haec breviter sunt notanda. Generatim a iudice delegato ad ordinarium iudicem delegantem (224) appellari potest (225), nisi in dele-

(218) Cap. 12. X. de appell. II. 28.; cap. 1. de elect. I. 3. in Extrav. com.

(219) Cap. 31. X. de off. et pot. iud. del. I. 29.; *Schmalzgr.* lib. I. tit. 29. n. 24. sq.

(220) Cap. 22. X. de rescr. I. 3.; cap. 11. § 3. eod. I. 3. in Sext.; cap. 4. 32. 37. 40. X. de off. et pot. iud. del.

(221) De interdicta delegatis iudicibus prorogatione iurisdictionis agit *Pirhing* lib. I. tit. 29. n. 124. sq. n. 100. sq. Cfr. quoque L. 74. § 1. D. de iudiciis V. 1.

(222) Cap. 16. 21. X. de off. et pot. iud. del. I. 29.; cap. 8. eod. I. 14. in Sext.; *Pirhing* lib. I. tit. 29. n. 17.; *Schmalzgr.* l. c. n. 17.; *Bouix* l. c. p. 149. sq.

(223) Cap. 13. X. de off. et pot. iud. del.; cap. 61. X. de appell. II. 28.

(224) A delegato non tantum ad ipsum delegantem, sed etiam ad successorem in officio appellandum esse putat *Ph. Hergenroether* l. c. § 8. p. 19., et citat cap. 11. I. 14. in Sext.; at ibi de hac re nihil habetur, sed dicitur ab arbitris iuris electis in casu suspecti iudicis ad Papam esse appellandum. Ergo forte intelligendum est cap. 10. eod. in Sext., ubi illud videtur insinuari, quod non sit necessario expectandus successor in munere, qui ratione dignitatis fuerat delegatus. Quae sententia *Hergenroether* potest quodam vero sensu sustineri, scilicet tum de Ordinario delegante, tum de delegato Papae, qui ratione dignitatis fuerat delegatus.

(225) Cap. 18. 27. X. I. 29.

gatione pontificia per adiectam clausulam “ appellatione remota „ omnis appellatio, praeter eam quae a iure indulgetur, expresse sit interdicta (226), aut delegatus R. Pontificis *totam* iurisdictionem alteri subdelegavit; quo in casu a subdelegato immediate ad R. Pontificem est appellandum (227). Quare si delegatus Sedis Apostolicae non integram potestatem subdelegaverit, nequit ordinarie, omisso delegato, immediate ad Sedem Apostolicam appellari (228). “ Temeraria, inquit *Reif-fenstuel* l. c. lib. I. tit. 29. n. 159., foret tunc appellatio ad personam Papae, utpote quae iam repraesentatur et habetur in persona sui delegati „ A qua regula praeter casum mortis subdelegantis excipiendi sunt casus cap. 3. 10. 14. eod. I. 14. in Sext. propositi (229).

## § 6. DE CESSATIONE POTESTATIS ET OBLIGATIONUM IUDICIS ECCLESIASTICI.

### I. De cessatione potestatis et obligationum iudicis ordinarii.

126. Potestas et obligationes iudicis ecclesiastici ordinarii cessant omnibus illis modis, quibus officium ecclesiasticum, vi cuius ordinaria potestas iudicialis fuerat concessa, legitime amittitur. Id quod ordinarie fit:

1) Per mortem naturalem (230).

(226) Nam hunc esse sensum huius clausulae declaratur expresse ab Innoc. III. cap. 53. X. de appellat. II. 28. Quinam autem casus a iure expresse indulgeantur, magna fuit controversia et contentio Doctorum. Cfr. *Tancred.* l. c. p. 4. sect. 5. § 14.; *Muenchen* l. c. I. 525.; *Ph. Hergenroether* l. c. § 10. Ceteroquin dubitari nequit, quin Rom. Pontifex appellationem *possit* acceptare, etiamsi apposita fuerit clausula “ appellatione remota „, ut deducitur ex cap. 28. § 2. et cap. 47. X. eod. II. 28.

(227) Cfr. cit. cap. 27. § 2.

(228) Cap. 7. de off. et pot. iud. deleg. I. 14. in Sext.

(229) Cfr. quoque cap. 27. §§ 2. 4. X. I. 29.; cap. 11. I. 14. in Sext. Cfr. de hac materia *Pirhing* l. c. 29. n. 103. sq.; *Ph. Hergenroether*, D. Appellationen nach d. Decretalenrecht § 8.; *Bonix*, De principiis iur. can. p. 576. sq. Quod si in rescripto R. Pontificis adiecta reperitur illa clausula “ appellatione remota „, efficitur tantum ut ad Sedem Ap. sit exclusa appellatio; minime vero prohibetur appellatio a subdelegato ad subdelegantem. Imo quoniam subdelegans nequit mutare ius commune, illam clausulam “ appellatione remota „, qua excludere vellet appellationem a subdelegato, cum effectu iuridico ne apponere quidem posset.

(230) Cap. 6. de rescript. I. 3. in Sext.; S. C. C. in causa Favent. 28. Aug. 1841.; *Leuren*, Forum beneficial. P. III. q. 3. sq. q. 34. 35.; *Schmalzgr.* lib. I.

2) Per liberam cessionem, quae fieri potest per liberam renuntiationem (231), per commutationem (232), per translationem (233).

3) Per solam legis vel iuris dispositionem, etiam invito vel saltem non consentiente praelato ecclesiastico. Quae amissio officii ecclesiastici potest locum habere: a) Propter factum etiam non culpabile, cui ex legis dispositione amissio officii ecclesiastici ob iustas causas est adnexa (234). b) Propter grave delictum, cui ex lege canonica imposita est poena privationis aut depositionis ab officio ecclesiastico ipso iure incurrenda, ita ut ad summum requiratur in certis casibus sententia declaratoria de delicto commisso (235). Huiusmodi delicta sunt v. g. hæresis, assassinium, sodomia (236).

4) Per provisionem particularem Superioris ecclesiastici. Quae provisio particularis potest esse:

a) Vera sententia condemnatoria iudicis ecclesiastici propter delictum commissum, cui ex legis dispositione poena privationis vel depositionis per sententiam iudicalem ferendam infligi potest et debet (237).

tit. 32. n. 12. sq. At quamdiu mors Episcopi Vicario generali et populo *nota* non est, actus Vicarii gen. sustinentur. Quod *Ferraris* explicat ex theoria erroris communis. Per se autem per mortem Episcopi cessat iurisdictio in Vicario gen., exceptis Vicariis gen. Vicariorum Apost., qui tamquam Administratores in eorum locum succedunt, et excepto Vicario gen. Urbis, de quo *Ben. XIV.*, De Syn. dioec. lib. II. c. 3. n. 2. scribit: « Huius Cardinalis Vicarii iurisdictio *ordinaria* est, ideoque etiam Apostolica Sede vacante in suo *vigore perseverat* ». Cfr. Breve Bened. XIV. « *Ex sublimi* » 26. Ian. 1753. et « *Quam ex sublimi* » 8. Aug. 1755.

(231) L. I. tit. 9. de renuntiationex.; *Leuren* l. c. P. III. q. 234. sq.

(232) L. III. tit. 19. de permutatione rerum X.; *Leuren* l. c. P. III. q. 815. sq.

(233) Lib. I. tit. 7. de translatione Episcopi X.; *Leuren* l. c. P. III. q. 149. sq. Quae translatio saltem in Episcopis *de facto et ordinarie* non fit, nisi praevis habeatur illorum consensus.

(234) Cfr. v. g. cap. 4. de regul. III. 14. in Sext.; cap. 1. 3. X. de clericis coniug. III. 3.; cap. 28. X. de praeb. III. 5.; cap. 3. 6. eod. III. 2. in Clem.; Conc. Trid. sess. VII. cap. 4. de ref., sess. XXIII. cap. 2. de ref.

(235) Quae cessatio seu potius privatio officii, si infligitur ipso iure, officium cessat a tempore *delicti commissi*; si vero requiritur sententia declaratoria, nonnisi a tempore *sententiae latae*. Et haec differentia etiam quoad *reditus* est practici momenti.

(236) *Leuren* l. c. P. III. q. 161. sq.; *Schmalzgr.* l. c. recenset etiam tamquam causam amissionis potestatis *lapsum temporis*, pro quo concessa fuit iurisdictio ordinaria, v. gr. in Capitulo, Sede vacante, elapsis octo diebus, vel in Vicario capitulari, postquam novus Episcopus cepit possessionem.

(237) Conc. Trid. sess. XXV. cap. 14. de poenis clericis concubinariis infligendis; *Leuren* l. c.



b) Simplex revocatio Superioris (238) ecclesiastici, sine processu canonico facta, propter causam quidem iustam, sed forte absque gravi culpa officialis removendi. Huc spectat v. g. provisio illa extraordinaria Pii VII., per quam ineunte saeculo elapso omnes Episcopos Galliae ab officio revocavit. Porro sine processu canonico Vicarius generalis dimitti potest ab Episcopo, multoque magis consiliarius quidam vel assessor tribunalis dioecesani (239).

## II. De cessatione potestatis et obligationum iudicis de egati.

### 127. Potestas et officium iudicis delegati cessat:

1) Per mortem delegati nec transit ad haeredes (240) aut ad successores in officio, si delegatio fuerit personalis; at delegatio realis, sive ratione dignitatis facta, in successore, etiam re integra, perseverat (241).

2) Per mortem (242) unius ex pluribus delegatis, qui ad eandem causam cognoscendam simpliciter et collegialiter

(238) Speciatim de cessatione, suspensione, revocatione potestatis et officii Vicarii generalis, praeter commentatores iuris Decretal. in lib. I. tit. 28. de officio Vicarii, consuli possunt: *Leuren*, De Vicariis Episcoporum. app. Fori benefic. ; *Bouix* l. c. I. p. 442. sq.; *Archiv f. k. KR.* tom. 15. p. 365. sq.; *Scherer* l. c. I. p. 615.; *Droste* l. c. p. 31. sq.; *Ferraris* l. c. v. Vicar. gen. art. 3. n. 27. sq.

(239) *Bouix*, De iudiciis ecclesiasticis tom. I. p. 469. sq. De remotione iudicum in Statu pontificio cfr. Editto *Card. Gamberini* §§ 101. 104. Cfr. etiam Synod. prov. Ruthenorum (1720.) (in Collect. Lacensi tom. II. p. 51.), ubi Officiales ab Episcopis pro iudiciis exercendis necessario constituendi in certis casibus dicuntur puniendi et amovendi: « Ceterum si.... aut alia ratione deliquerint, severe plectantur, et non modo Episcopus, verum etiam Archiepiscopus contra ipsos procedere possit, servata inter eos praeventione ».

(240) L. Mandatum 57. mandati vel contra D. XVII. 1.

(241) Cap. 14. X. de off. et pot. iud. del. l. 29. Ratio differentiae est, quia officium etiam in successore existit; ideo, verificata conditione, etiam perseverat delegatio ipsi officio, non soli personae, adnexa. In personali vero delegatione censetur electa industria personae, quae cum ipsi personae inhaereat et cum illa existere desinat, ideo delegatio quoque cessat. Quod si dubium oriatur, utrum delegatio sit realis an personalis, standum est potius pro delegatione personali, si dubium solvi non possit. Nam delegatio censetur esse odiosa, atque propterea strictae est interpretationis. Cfr. *Santi* l. c. I. 29. n. 33.; *Pirhing* l. c. I. 29. n. 164. sq.

(242) Idem dicendum de quacumque alia causa, ex qua in uno ex collegialiter delegatis exspiret iurisdictio, veluti per depositionem, degradationem etc. Nota autem per excommunicationem iurisditionem suspendi quidem, sed non extinguí. Cfr. *Schmalzgr.* l. c. I. 419.; *Pirhing* l. c. n. 171.



sive coniunctim (243) deputantur, reliquorum delegatorum iurisdictio et officium expirat, nisi aliud in delegatione sit expressum (244) v. g. per clausulam "si non omnes"; vel vivente adhuc illo delegato causa inchoata iam fuerit; vel delegatus, qui mortuus est, vivens vices suas alii condelegato commiserit (245).

3) Per mortem delegantis (246) si res adhuc sit integra (247), id est si in materia iudiciali saltem citatio partium nondum facta sit (248). Nam iurisdictio per actum delegationis non censetur efficaciter transiisse in delegatum, antequam ille iurisdictione usus fuerit (249).

(243) Non igitur haec valent quoad plures *in solidum* delegatos. Quare sicuti mors delegati in solidum alios non privat iurisdictione, ita neque aliae rationes, ob quas forte iurisdictionem amisisset, v. gr. per depositionem. Cfr. *Scherer* l. c.

(244) Cap. 42. X. eod.

(245) *Pirhing* l. c. lib. I. tit. 29. n. 171. sq.; *Tancred.* l. c. tit. 2. de iudicib. deleg. § 3.; *Durantis* l. c. tit. de iud. delegato § Restat.

(246) Mors hic proxime intelligitur, ut supra, mors naturalis, sed ei aequiparatur mors civilis idest aequiparantur omnes illi actus, quibus officium in delegante cessat; hinc delegatio a Legato facta expirat, re integra, si cessavit officium Legati. C. 10. X. (l. 30.). Ad cessationem autem iurisdictionis in delegato non requiritur ut sciatur mors delegantis, modo publice non ignoretur. *Scherer* l. p. 419.

(247) Cap. 30. X. eod.

(248) Cap. 19. 20. X. eod. Per mortem delegantis iurisdictio in delegato non expirat, si delegatio facta fuerit nomine dignitatis, licet res sit integra, v. gr. si dicatur: Sancta Sedes tibi committit etc. Ratio est, quia dignitas vel Sancta Sedes non moriuntur; at plerumque delegationes fiunt a *persona*, non a *dignitate*.

(249) Cap. 6. de off. et pot. iud. del. l. 14. in Sext.; *Pirhing* l. c. n. 173. sq. praesertim n. 188. *Iurisdictione usus fuerit*. Quare non sufficit sola subdelegatio aut alia ad iudicium *praeparatio*, quae citationem praecedunt, v. gr. vocare notarium, testes etc., quia actus isti praevis non censentur actus vere iudiciales. Utrum autem censendum sit rem integram esse desinere per litis contestationem, ut videtur erui ex cap. 19. (Luc. III.) X. l. 29., an potius per citationem perfectam, ut statui videtur in cap. 20. (Urb. III.) eod., confer *Santi*, qui apparentis huius antinomiae probabilem affert explicationem, et *Pirhing* l. c. n. 176., qui alias et meliores conciliationes proponit. — Facile autem patet iudicem delegatum non prohiberi a procedendo ad ulteriora, non obstante morte delegantis et re adhuc integra, si delegatus iam vi suae *ordinariae* iurisdictionis potest causam cognoscere. Eo enim in casu delegatio videtur esse aliquid accessorium ad ordinariam potestatem, ut scilicet iudex ordinarius excitetur ad satisfaciendum officio suo. Cfr. cap. 12. X. de off. ord. l. 21. Hinc patet ex *natura rei* nihil ob stare, quominus quis duplici potestate sit instructus, scilicet sua *ordinaria* et *delegata*. Quare si *Hinschius* lib. I. p. 176. et praesertim p. 178. id impugnat intrinsicis argumentis, errat, ut fatetur ipse *Scherer* l. p. 421., qui alias sententiam *Hinschii* adoptat.

4) Lapsu temporis delegationi praefixi (250), nisi mutuo partium consensu (251) intra tempus utile iurisdictio iudicis delegati prorogetur (252); aut impleta conditione, cui a delegante cessatio iurisdictionis in delegato alligata est (253).

5) Ex quo iudex delegatus per se vel per alium sententiam a se latam executioni mandavit vel alteri executionem sententiae delegavit, quia semel est officio suo functus (254). Simili ratione delegatus iudex, qui causam sibi a Sede Apostolica commissam in totum subdelegavit alteri, postquam ille iurisdictione usus fuerit, iurisdictione efficaciter abdicasse eamque in subdelegatum transmisisse censetur (255).

6) Resignatione iudicis delegati legitime facta (256) et revocatione delegantis sive expressa (257) sive tacita, v. g. si

(250) Cap. 12. X. de appell. II. 28. Ratio quod expiret lapsu temporis iurisdiclio ea est, quod tempus iudici *delegato* praefixum ad causam definiendam censeatur pertinere (saltem ordinarie) ad *formam* substantialem delegationis; proinde, forma substantiali delegationis ideoque mandati non servata, expirat iurisdiclio. Aliud sane dicendum esset, si iudici *ordinario* assignaretur tempus ad causam finiendam. Eo enim in casu valida etsi illicita esset sententia, si post terminum praefixum ferretur. Nam iudici ordinario huiusmodi praecepto non datur potestas, sed tantum praescribitur modus procedendi. Qui modus censetur tantum accidentaliter, quoniam non est praesumendum, nisi de contrario expresse caveatur, superiorem velle iudici ordinario auferre iurisdictionem, ideoque remanente iurisdictione valida est sententia.

(251) Fundamentum exceptionis de consensu partium in hoc reperitur, quod tempus ad causam finiendam censeatur statutum in favorem partium; sed favori in commodum privatum concessio unusquisque renunciare potest. Arg. ex cap. ad Apostolicam 16. X. de regul. III. 31.; L. 2. § 2. D. de iudiciis etc. V. 1. Quae praesumptio profecto cessat, si a delegante expressis verbis partibus prorogatio sit prohibita (cfr. leg. cit. 2. iunct. Glossa v. Inhibita), aut temporis limitatio fuerit appositae propter bonum publicum, cui partes renunciare nequeunt.

(252) Cap. 4. X. de off. et pot. iud. del.

(253) Nota quod si iudici delegato certum tempus praestitutum est ad causam definiendam, sufficit ut intra illud tempus sententiam ferat, at non prohibetur post tempus elapsum exequi sententiam suam. Nam a iure ad executionem sententiae annus concessus est (cfr. c. 26. X. I. 29.), ideoque si sententia lata fuit intra tempus utile, iurisdiclio ad executionem nondum expiravit. Secus tamen dicendum si ipsi *iurisdictioni* iudicis terminus esset praefixus. Nam executio est actus iurisdictionis, ideoque ea subblata executio non iam fieri potest. Ita fere *Pirhing* l. c. n. 162.

(254) Cap. 9. X. eod.; *Pirhing* l. c. n. 154. sq.; *Schmalzgr.* lib. I. tit. 29. n. 40. sq.

(255) Cap. 6. de off. et pot. iud. del. I. 14. in Sext.

(256) Cap. 21. § 1. X. eod.

(257) Cap. 24. X. de rescr. I. 3.

admittatur appellatio non obstante clausula "appellatione remota" (258). Quae revocatio, ut vim habeat, delegato in forma canonica est intimanda per praesentationem litterarum revocatoriarum delegationis (259), et quamvis ordinarius iudex, etiam re non amplius integra, magna cum libertate delegationem valide revocare possit, imo etiam licite, si iusta causa subsit, tamen iudex delegatus a R. Pontifice, si causam sibi commissam in totum vere subdelegavit et subdelegatus sua iurisdictione uti coepit, commissionem a se factam revocare non potest (260).

7) Recusatione iudicis delegati legitime proposita (261).

## TITULUS V.

### DE ACTUARIO, AUDITORIBUS, ASSESSORIBUS ALIISQUE MINISTRIS IUDICIS ECCLESIASTICI.

(*Lib. II. tit. 1. de iudiciis continuatur*)

**128. Fontes:** D. I. 22. de officio assessorum. — Cod. I. 51. de assessoribus et domesticis et cancellariis iudicum; 52. de annonis.... et eorum assessorum; XII. 7. de primicerio.... et notariis; 52. sq. de apparitoribus....; 61. de executoribus (1); cap. 13. X. de renunt. I. 9.; cap. 27. § 3. X. de off. et pot. iud. del. I. 29.; cap. 15. eod. I. 14. in Sext.; cap. 11. X. de probat. II. 19.; cap. 28. X. de testib. II. 20. — Conc. Trid. sess. XXI. cap. 1. de ref., sess. XXII. cap. 10. de ref., sess. XXIV. cap. 20. de ref.; Alex. IV. Const. "Ne commissae" 15. Oct. 1260.; Pii IV. Const. "Pastoralis officii" 27. Aug. 1561.; Benedict. XIV. Const. "Iustitiae et pacis" 2. Octob. 1746.; Instr. S. C. Ep. et Reg. 11. Iun. 1880. art. 8. 12. 14.

**Scriptores:** Commentator. iur. rom. in cit. titul.; Wetzell I. c. §§ 24.

(258) Cap. 28. §. 2. X. I. 29. Tacitae revocationi adnumerari etiam potest casus, quo delegans causam ad se advocat (cfr. *Tancred.* I. c.; c. 10. X. de const. I. 2.; c. 4. X. ut lite pendente etc. II. 16.), aut quo causa fuerit alii commissae, facta expressa mentione prioris commissionis. Cfr. c. 3. X. de rescript. I. 3.; c. 29. X. de off. et pot. iud. deleg. I. 29.

(259) Cit. cap. 24. X. de reser.

(260) Cap. 37. X. de off. et pot. iud. del. I. 29.; cap. 6. eod. I. 14. in Sext.; *Pirhing* I. c. n. 195. sq.; *Schmalzgr.* I. c. n. 41. 45.

(261) Cap. 17. 25. X. de off. et pot. iud. del. I. 29.; cap. 4. 5. eod. I. 14. in Sext.; cap. 12. X. de appell. II. 28.; *Pirhing* I. c. n. 130. sq.

(1) Cfr. quoque Greg. XVI., Regol. giud. §§ 283. 422. De actuario (grefier, clerk, Gerichtsschreiber), iudice instructionis, notario, apparitoribus (huissiers), cursoribus consuli possunt: Editto dell'Em. Card. Gamberini 17. Dec. 1834. §§ 142. sq. 283. sq.; Cod. proced. civ. Gall. art. 196. sq. alique codices procedurae civilis et criminalis.

25. 36. (2); *Waller*, Geschichte d. röm. Rechts. § 742.; *Comment. iur. Decret. lib. II. tit. 1. et 22.* de his person. agere solent. — *Devoti*, Inst. can. lib. III. tit. 4. § 7.; *Phillips*, KR. tom. VI. § 307. sq.; *Durantis* l. c. lib. I. partic. 1. tit. de auditore, tit. de assessore, partic. 4. tit. de tabellione, tit. de executore; *Tancred.* l. c. P. I. tit. 4. de assessorib. et auditorib.; *De Fuscariis*, De officio tabellionis; *Oesterley*, Das deutsche Notariat, 1842.; *Durando*, Il tabellionato o notariato, Torino, 1897.; *Bouix* l. c. I. p. 459. sq.; *Ferraris* l. c. vv. Auditor, Cancellaria, Executor, Notarius; *Droste* l. c. p. 33. sq.; *Zech* l. c. P. I. tit. 5. de assessorib. aliisque etc.; *Thomassin*, Vet. et nov. Eccl. disc. P. I. lib. 2. cap. 104. sq.; *Kraus*, Real-Encyklopaed. d. chr. Alt. tom. II. p. 502.; *Moroni*, Dizionario di erudizione storico-eccles. vv. Notaro, Uditore.

### Praenotiones.

129. Praeter iudices ecclesiasticos, quibus causarum cognitio et definitio per sententiam principaliter est demandata, aliae personae secundariae ad tribunalia ecclesiastica tanquam adiutores et ministri accedunt, sive necessario ex absoluto iuris praescripto, velut actuarius, sive ordinarie ex legum saltem permissione ad faciliorem et meliorem litium decisionem, velut assessores et auditores.

#### § 1. DE ACTUARIO.

130. *Actuarius*, qui etiam appellatur *cancellarius* (3), *notarius* (4), *scriba* (5), *secretarius* (6), *scriniarius* (7), nomen suum

(2) De actuario, iudice instructionis aliisque ministris tribunalium saecularium consulendi sunt scriptores et commentatores iuris civilis et criminalis diversarum regionum.

(3) Cfr. Instr. 11. Iun. 1880. art. 8. 12. 34. 35. Tabelliones sive forenses sive notarii quondam apud Romanos dicebantur ii, qui publice conficere solebant instrumenta v. g. contractuum aliorumque actuum legitimorum mercede recepta ad instar negotiatorum. Cfr. v. g. Novell. 47. cap. 1. 2.; Novell. 90. cap. 2.; L. 1. § 6. D. de extraord. cogn. l. 13. In Ecclesia quoque inde a primis saeculis « notarii » commemorantur, qui modo sunt scribae privati, modo publica auctoritate deputati tabelliones v. g. notarii regionarii Urbis Romae ad conscribenda acta martyrum. Paulatim notarii etiam gravioribus negotiis praepositi, v. g. in Conciliis officio secretarii atque adeo Legati apostolici functi sunt. Cfr. *Moroni* l. c.; *Zaccaria*, De notariis ecclesiasticis; *Thomassin* l. c.; *Kraus* l. c.; *Phillips* l. c.

(4) L. 40. pr. D. de test. mil. XXIX. 1.; L. 33. § 1. D. ex quib. caus. IV. 6.

(5) L. 6. Cod. de magistr. cons. V. 75.; Novell. 94. epil.

(6) L. 14. Cod. de test. IV. 20.; Instr. Card. Rauscher § 97.

(7) L. 19. Cod. de testam. VI. 23.; cap. 13. X. de praescr. II. 26. Actuarius sive notarius vocatur etiam protocollista, quia « protocollum » sive liberum actuum conscribit et habet; nec non « scriba publicus », quia quae publice fiunt, publica auctoritate conscribit. Cfr. *Schmalzgr.* II. 1. n. 14.



sortitus est ab actis publicis et iudicialibus conscribendis (8) et recte definitur: Persona ab auctoritate publica constituta, ut acta iudicialia ab ipsa conscripta fidem faciant (9). Quare actarius differt a notario, si vocabulum notarii (vel *labelionis*) (10), sensu stricto adhibeatur (11).

Quod si actarius simul constitutus sit notarius sensu stricto (id quod sine dubio fit optimo consilio) solitae divisiones notariorum etiam actuariis applicari possunt. Itaque, omissis notariis fori saecularis, notarii ecclesiastici alii sunt notarii apostolici sive a Sede Apostolica deputati, alii notarii episcopales, qui ab Episcopis constituuntur. His adnumerari possunt, qui ex privilegio apostolico ab aliis Praelatis inferioribus deputantur, v. gr. ab Abbatibus, Generalibus ordinum regularium, Inquisitoribus haereticae pravitatis. Atque inter notarios apostolicos distinguuntur simplices notarii apostolici sive apostolica auctoritate creati, et protonotarii apostolici, qui sunt aut protonotarii de numero participantium aut protonotarii apostolici supranumerarii aut ad instar participantium aut pronotarii mere titulares sive honorarii. Cfr. Mot. propr. Pii X. 11. febr. 1905. De his protonotariis

(8) L. 2. Cod. de edendo II. 1.; L. 45. §§ 4. 5. D. de iure fisc. XLIX. 14. Instr. 11. Iun. 1880. art. 12. De nomine eiusque primaeve significatione confer etiam *Bethmann-Hollweg* III. 173.

(9) A Salatial definebatur notarius: Quaedam persona publicum officium gerens, ad cuius fidem decurritur, ut ad perennem memoriam in publicam formam educat ea, quae ab hominibus fiunt. *Savigny* V. 638. Quum autem notarius publicam gerat personam, a publica auctoritate hoc sibi munus conferri necesse fuit, scilicet pro diverso foro sive a Rom. Pontifice sive ab Imperatore. Hinc est quod notarii se ordinarie actibus subscriberent: *N. N. apostolica* aut *imperiali auctoritate notarius*. Auctoritas haec constituendi notarios, progressu temporis, aliis quoque a suprema auctoritate commissa est, eamque consecuti sunt Episcopi, comites palatini, protonotarii apostolici alique magnates viri. Imo alicubi haereditaria quoque facta est, quousque, saeculo XIV. ineunte, ob varios abusos, qui exinde oriebantur, antiquis concessionibus, privilegiis et consuetudinibus abrogatis, haec facultas creandi notarios localibus auctoritatibus reservata est. Eo quod notarii sint personae publicae, factum est, ut solemni et publica quadam caeremonia instituerentur. In statutis Beneventanis dicitur: "De scrinario eodem modo fit sicut de iudice; sed iuramento eius hoc additur: Chartas publicas, nisi ex utriusque partis consensu, non faciam; et si forte ad manus meas instrumentum falsum devenit, cancellabo. Tunc Pontifex dat ei *pennam cum calamario* sic dicens: Accipe potestatem condendi chartas publicas secundum leges et bonos mores. Cfr. Arch. stor. ital. 1871. I. 12.; *Pertile* I. c. § 223.

(10) L. 14. § 3. Cod. de sacros. eccl. I. 2.; cap. 8. X. ne clerici III. 5.

(11) *Bouix* I. c. I. p. 477. sq.; *Muenchen* I. c. p. 77. 78.



apostolicis consuli possunt: *Bouix*, De Curia Romana p. 575. sq.; *Bangen* l. c. p. 59. sq.; *Phillips*, l. c. tom. VI. §§ 295. 302.; *Archiv f. k. KR.* 20. p. 177. sq.; *Analect. I. P.* III. 692. sq. et alios citatos apud *Scherer* l. c. I. 485. (12).

131. Actuarii, qui nunc existunt in tribunalibus ecclesiasticis, instituti sunt ab Innocentio III (13) in Conc. Lat. IV. (an. 1215.) (14). Etenim cum idem Rom. Pontifex pariter processum inquisitionis instituisset, in quo iudex ecclesiasticus procedit ex officio, facile fieri potuit, ut iudex et reus (forte cum suo avvocato) soli existerent in iudicio. At unius iudicis verbo non esse simpliciter credendum Innocentius III. iam responderat a. 1198. in rescripto dato consulibus et populo Beneventano, cap. 28. X. de testib. II. 20. et "contra falsam accusationem iniqui iudicis innocens litigator quandoque non potest veram negationem probare", (cit. cap. 11.). Quare ut iudici et partibus consulatur, eodem capite 11. statuitur, "ut tam in ordinario iudicio quam (in) extraordinario iudex semper adhibeat aut publicam, si potest habere, personam aut duos viros idoneos, qui fideliter universa iudicii acta conscribant", (15). Qua ordinatione Innocentius III. rem non novam, sed longo usu, in tribunalibus praesertim Italiae superioris (16),

(12) Protonotarii habebantur etiam in Curiis saecularibus et exinde dieti sunt, quod primi essent inter notarios, qui tempore Longobardorum, alieubi saltem in communitatem coaluerant, quemadmodum constat quoad civitatem Ravennatensem et alias graecas civitates, in quibus invenimus *primicerium scholae forensium*, imo etiam *primicerium* et *secundicerium notariorum*. Cfr. *Maffei*, Inst. iuris neap. II. 171.; *Pertile* l. c. § 223.

(13) De notariis adhibendis in causis coram Auditoribus Rotae agitatis ordinationem iam publicavit Ioannes XXII. Const. "Ratio iuris" § 11. sq. 16. sq. Cfr. quoque de eisdem Bened. XIV. Const. "Iustitiae et pacis" § Causis itaque 2. Oct. 1746.; *Bangen* l. c. p. 318. A notariis Inquisitionis iuramentum praestandum esse edicatur a Clemente V. cap. 1. de haeretice. V. 3. in Clem. (a. 1311. in Cone. Vienn.). Cfr. *Ottenthal* l. c. p. 200.; *Erler*, D. Liber Cancellariae Apostol. vom Jahre 1380. p. 10. Iuramentum notarior. palatii; iuram. super tabellionatus officio.

(14) Cap. 38. = cap. 11. X. de prob. II. 19.

(15) Persona *publica*, de qua loquitur Innocentius III. cap. cit. quae fidem publice facit, procul dubio intelligendus est *notarius*. Cfr. *Oesterley*, D. deutsche Notariat I. p. 401. sq. cit. apud *Wetzell* l. c. 429. At hoc non videtur ita intelligendum, quasi actuarius *necessario* debuerit esse notarius publicus, ut notat ipse *Wetzell* l. c. p. 430. Minime vero dicendum est requiri ut *praeter* actuarium adsint duo testes, quia ex cit. cap. 11. evidenter duo isti viri substituendi sunt, si actuarius sive persona publica haberi non possit, ideoque actuarius et duo testes simul necessarii non sunt.

(16) Sane iam legibus romanis (cfr. L. 33. § 1. D. ex quib. caus. IV. 6.)

comprobatam, in foro quoque ecclesiastico solemniter et universaliter praescripsit. Imo inde factum est, ut praxis sanctioque canonica de adhibendo actuario, in foro quoque saeculari passim introduceretur (17).

132. In omni iudicio tam ordinario quam extraordinario (18), in delegato (19) et summario (20), in processus confectione atque in principalis causae cognitione et definitione (21), iudex semper adhibere tenetur (22) actuarium, qui universa iudicii acta fideliter conscribat (23).

sancitum est, ut acta iudicialia conscriberentur. A qua praxi antiquitus longe alieni fuerunt populi germanici, neque in suis iudiciis exercendis publico quodam actuario ex officio ad acta conscribenda constituto usi sunt. Cum incommodis non levibus huiusmodi praxis esset obnoxia, praeiunctis legibus Visigothorum, quibus, saltem post sententiam latam, chartam iudicii scripto consignandam esse statutum fuerat, tandem a temporibus Caroli M., ut ex notariis publicis eligerentur scribae ad acta iudicialia, magis magisque usu receptum est. Cfr. *Walter, Gesch. d. röm. Rechts* §§ 653. 692.; *Wetzell* l. c.

(17) *Renaud* l. c. §§ 15. 80. 118.; *Wetzell* l. c. §§ 36. 24.

(18) Cap. 11. X. de prob. II. 19.; cap. 11. § 1. de haeretic. V. 2. in Sext.

(19) In cap. 11. cit. de probationibus X. dicitur « tam in ordinario iudicio quam extraordinario », sed cum extraordinarium significat ut plurimum delegatum, ut recte notat Gonzalez in hoc caput, ideo sub voce *extraordinario* continetur etiam praescripta necessitas actuarii pro iudicio delegato.

(20) Cap. 2. de V. S. V. 11 in Clem.

(21) Instr. 11. Iun. 1880. art. 12. 34. 35.

(22) Quod si iudex neglexerit assumere notarium seu actuarium et aliqua difficultas inde emergerit: 1<sup>o</sup> castigandus est a iudice superiori; 2<sup>o</sup> pro processu illico non praesumitur, nisi constet ex actis.

(23) *Bouix*, De iud. eccl. tom. I. p. 509. sq.; Editto Card. Gamberini § 142. sq. Quod si spectatur disciplina vigens, recte notat *Bouix* l. c. I. p. 509. sq. caput illud 11. nondum esse abrogatum, ideoque ipse putat etiam nunc adhibendum esse notarium, eoque *deficiente* duos viros idoneos. At eo modo hoc caput videtur esse intelligendum, ut unus actuarium sufficiat, etsi ex statu seu ordine *publicorum notariorum* non sit assumptus, dummodo alias sit idoneus et iuramento obstrictus de munere fideliter adimplendo, et vere ut *actuarium*, non tantum ut *testis*, sit assumptus. Hinc praxis illa adhibendi duos viros idoneos non amplius est in usu; verum ut probentur *acta* pro casu necessitatis non videtur *abrogata*. Nota etiam in cit. cap. 11. poni alternativam: « aut publicam, si *potest habere*, personam, aut duos viros idoneos ». Quae verba evidenter non ita intelligenda sunt quasi iudex pro lubito possit adhibere aut personam publicam aut duos viros idoneos. Additur enim conditionalis clausula « si potest habere ». Ergo primo loco debet adhibere personam publicam, et si illam habere nequit, recurrere potest ad alios duos idoneos viros. Et sane attentā praxi eo tempore in Italia, praesertim in Lombardia, vigente, proxime illa necessitas adhibendi actuarium intelligenda est de *vero* no-

133. Qui competens est ad iudicem ecclesiasticum constituendum, is a fortiori potitur iure nominandi actuarium (24) iudicis a se constituti (25).

tario. Cfr. *Wetzell* l. c. not. 68. et p. 429. not. 60. Quod si *Bouix* l. c. de iudic. I. p. 510. putat illos duos viros deputari tamquam *veros* notarios quoad acta iudicialia, non videtur recte sentire. Nam si adhiberentur ut *veri* notarii, non adhiberentur *duo*, quia testimonium *duorum* testium aequat testimonium *unius* personae publicae; v. gr. testimonium unius iudicis per duos vel tres testes elidi potest. Cfr. c. 28. X. de test. II. 20. Ergo duo isti viri idonei sese habent ad instar duorum **testium** iuratorum, qui fidem de actis in iudicio faciunt. Cfr. *Wetzell* l. c. p. 430. not. 67.

(24) Cum hac quaestione connexa est disputatio, a quo foro ecclesiastici notarii creari possint. Quae potestas iure proprio et nativo et pleno supremoque gradu pro universa Ecclesia catholica competit Romano Pontifici. Cfr. Conc. Trid. sess. XXII. cap. 10. de ref.; *Pirhing* l. c. lib. II. tit. 22. de fide instrum. n. 8.; *Fagnan.* l. c. lib. III. tit. 50. c. 8. n. 43.; *Bouix*, De iud. eccl. tom. I. p. 497. sq. Episcopi quoque, saltem vi consuetudinis, pro suis dioecesium creare possunt notarios (cfr. *Fagn.* l. c. n. 42. 48. sq.; *Pirhing* et *Bouix* l. c.; *Hostiens.*, Summa lib. III. tit. 50. n. 56., qui rem bene tractat), et ex privilegio Rom. Pontif. Generales et Provinciales religiosorum ordinum facultate creandi notarios publicos in negotiis ordinis utilitatem concernentibus gaudent. Notarii, qui a potestate civili legitime sunt creati, licet in foro ecclesiastico ad negotia ecclesiastica sola illa deputatione civili ex natura rei non sint habiles, tamen ex consuetudine approbata ab Ecclesia, si sint idonei neque ab Episcopo merito reprobentur, v. g. nostra aetate Hebraei, Protestantes, Schismatici, infideles et increduli homines, etiam in negotiis ecclesiasticis ab officio suo exercendo, non prohibentur, nisi in casibus a iure exceptis. Cfr. Conc. Trid. sess. XXII. cap. 10. de ref.; *Hostiens.* l. c. n. 6.; *Leuren*, Forum eccles. lib. II. tit. 22. q. 696.; *Bouix* l. c. p. 502.; et de casu excepto in causis canoniz.: *Benedict.* XIV., De beatif. et canoniz. lib. II. cap. 47. n. 89.

(25) Quare in tribunalibus dioecesanis — Cancellarius deputatur ab Episcopo atque expedit ut patentes litterae in actis Cancellariae per Episcopi secretarium describantur, ne unquam de gestorum Cancellarii validitate dubitari contingat —. *De Angelis* h. t. n. 33. Et quod iudices synodales *debeant* adhibere notarios Curiae episcopalis, S. C. C. definivit in causa Alben. 15. Ian. 1656. Conservatores autem erigere non possunt tribunal nec proprios assumere ministros, *excepto solo notario*. Ita S. C. C. in causa Faventina 17. Sept. 1667. et 28. Ian. 1679. (Conc. Trid. ed. *Richter* p. 91.); hoc autem ita intelligendum videtur, ut non tenerentur uti *notario Curiae episcopalis*, sed possent assumere quicumque notarium sibi bene visum, ut docet Ferraris v. Conservatores art. 2. n. 23. Nam aliud est concedere facultatem *creandi* notarios, aliud est concedere facultatem ex notariis iam aliunde legitimae constitutis aliquem *libere* assumendi in actuarium. *Bouix* l. c. I. p. 500. — Quod si *Fagnanus* et *Pirhing* l. c. hanc facultatem Episcopo tantum ita restringunt, ut eam tantum *intra* dioecesim uti possit, non vero extra dioecesim, argumentis certe debilibus assertum suum probant, quale est illud, quod licet officium notarii exerceatur extra iudicium, *creatio* tamen notarii est actus *iudicialis*; actus autem iudicialis extra territorium exerceri nequit. Nam *creare* notarios, nisi verbis abuti velimus, tam parum

Quodsi superior ecclesiasticus actuarium nominare omiserit (26), iudex ecclesiasticus non prohibetur (27), quominus ipse sibi assumat actuarium (28), nisi speciali iure aliud cautum sit (29).

134. Ut quis habilis sit ad officium actuarii suscipiendum, generatim et proportionem servata eadem qualitates requiruntur ac in iudice, notario vel testibus. Quare omnes, qui a testimonio dicendo repelluntur, etiam iure merito repelluntur a notariatu et officio actuarii (30).

est actus iudicialis, quam nominatio Vicarii generalis. Quae sententia Fagnani adeo debili ratione intrinseca suffulta non confirmatur, si auctoritas afferatur *Hostiensis* III. 50. n. 6. et allegetur lex finalis D. de iurisdic. omñ. iudic. et can. Omnes basilicae 10. C. XII. q. 7. Nam canon iste agit de re omnino alia et huc omnino non spectat. Lex vero citata Romana ibidem non reperitur, quia titulus de iurisdictione omnium iudicum in Digesto non existit, sed in Codice, ubi est tit. 13. lib. III.; lex autem finalis illius tituli de materia huc spectante plane nihil habet: ergo nihil probat, etsi plane omnino abstrahatur a debilitate huius argumenti analogiae ex iure Romano. Probabiliter Fagnanus citare voluit L. 20. (ññ.) D. de iurisdictione II. 1., ubi dicitur: « Extra territorium ius dicenti impune non paretur ». Sed haec quoque lex, quae ab ipso citata forte est, quia putavit, ut dixi, creationem notarii esse actum iudiciale, evidenter non probat. Quoad Hostiensem vero notandum est non recte a Fagnano citari n. 6., quia ibidem nihil Hostiensis habet huc spectans. Debuisset potius citari n. 5., ubi tamen Hostiensis docet solummodo Episcopum *non* posse constituere notarium, *qui* habeat potestatem extra dioecesim. Id quod sane verissimum est, sed alia omnino est haec assertio ac illa, quod ipse Episcopus extra dioecesim notarium nominare non possit. Quare concludendum est, Episcopum posse quidem nominare notarium extra dioecesim, sed non posse facultatem dare notariis a se creatis (sive intra sive extra dioecesim) ut potestatem suam *extra* dioecesim, salvis exceptionibus quibusdam, exercere possit.

(26) Cum actuarium sive cancellarius non prohibeatur, quominus in negotiis extrajudicialibus voluntariae iurisdictionis tanquam notarius adhibeatur (cfr. S. C. Ep. et Reg. d. 11. Febr. 1806.) sane expedit, ut simul verus constituatur notarius sive apostolicus sive episcopalis etiam ad iurisdictionem illam voluntariam exercendam. Cfr. quoque *Schulle*, Eheprocess § 16.; *Droste* l. c. p. 34. — Item actuarium simul scriniarii vel archivariae sive registratoris officium obire potest.

(27) Cap. 11. de resc. l. 3. in Sext.; cap. 15. de off. et pot. iud. del. I. 14. in Sext.

(28) Cfr. S. C. C. in caus. Favent. 17. Sept. 1667. et 28. Ian. 1679.

(29) Cfr. S. C. C. in caus. Alben. 15. Ian. 1656. Cfr. Instr. Prag. § 20. quod commissarius sibi libere eligere possit actuarium. At iuxta Instr. Card. Rauscher pro causis matrimonialibus § 214. etiam notarius commissarii designatur ab Episcopo.

(30) *Leuren*, Forum eccl. lib. II. tit. 22. q. 689.; *Pirhing* eod. tit. n. 9.; *Bouix* l. c. p. 482. sq. p. 508. sq.



At quoniam actuarius vel notarius ab auctoritate ecclesiastica creatus nudum exercet ministerium, neque instructus est ecclesiastica potestate iudiciali, laicus ab hoc munere in foro ecclesiastico causisque ecclesiasticis exercendo etiam ex disciplina nunc vigenti minime excluditur (31). Quae assertio non eo est extendenda, ut officium actuarii vel notarii ex iuris communis dispositione adeo proprium esse dicatur laicis, ut vel in ipso foro ecclesiastico causisque ecclesiasticis ex disciplina nunc vigente clericis sit interdictum (32).

(31) Conc. Trid. sess. XXII. cap. 10. de ref.; S. C. Ep. et Reg. 30. Iun. 1832.; *Bouix* l. c. p. 482. sq. 500. sq. Quare notarius debet esse natus ex legitimo matrimonio. Cfr. *Pirhing* II. 22. n. 9. Et licet non requiratur ut sit laureatus, necesse tamen est ut sit iuris canonici (in foro nostro) peritus, et sciat quae officii sui sunt. Non debet praeterea esse publice excommunicatus, secus acta illius non valent atque ex officio a iudice est repellendus. Si sit toleratus, saltem per exceptionem instrumentum infirmari potest, si excommunicatio legitime possit probari. Cfr. *Pirhing* l. c. Quoad aetatem notariorum expressis verbis nihil reperitur in iure statutum, nisi quod impuberes ad hoc officium assumi non possunt. Ita *Bouix* l. c. p. 509. citans l. 3. § 5. D. de testibus. Sed et praeterea non possunt cumulare officium suum cum nonnullis aliis officiis, aut ad munus notariatus assumi ii, qui nonnulla alia officia iam habent sibi commissa. Ita actuarius nullo modo simul esse potest *promotor iustitiae*, ut expresse declaratum est a S. C. Ep. et Reg. Apr. 1727. (Anal. iur. pont. XIII. 44.). Item iuxta cit. Editto Card. Gamberini § 196. officium cancellarii vel substituti illius est *incompatibile* cum officio advocati, procuratoris, agentis in causis contentiosis.

(32) Cap. 8. X. ne clerici III. 50.; *Vering*, Inst. iur. eccl. § 179.; *Hostiensis* III. 50. n. 5. bene tractat quaestionem, num *clericis* sit interdictum officium tabellionatus, et statim ab initio n. 5. affirmat, sed illico addit: 1.<sup>a</sup> hoc intelligas in saecularibus negotiis, *ut docet rubrica haec, sub qua collocatur*; 2.<sup>a</sup> pro negotiis ecclesiasticis in foro ecclesiastico et spiritualibus videtur *Hostiensis* n. 5. et multo magis n. 6. omnino admittere quod clericus possit constitui tabellio, ita ut, si constituatur a Papa, « generaliter » conficiat instrumenta, si vero ab Archiepiscopo vel Episcopo, ipse non habeat potestatem *extra* dioecesim illius, qui ipsum constituerit. Ergo ad summum videtur dici posse ab illo tabellionatu « ecclesiastico » clericos fuisse exclusos, qui commemoratur in Archiv t. 20. p. 173. Certe in Concilio Tridentino ex duobus notariis unus fuit clericus, alter laicus; quare recte clerici a notariatu non sunt exclusi. In recentioribus vero Conciliis provincialibus, si excipias Westmonasteriense I. et forte unum ex Australia, notarii semper fuerunt clerici. Etiam in Rota restituta a Pio X. expresse cautum est, ut habeantur notarii etiam clerici, qui praesertim in causis criminalibus clericorum exclusive adhibeantur ad acta conscribenda. Hostiensis ibidem etiam bene probat, quod tabellio ecclesiasticus non debet conficere instrumenta in saecularibus, nec saecularis tabellio in ecclesiasticis, quia tabellio fidem habet: *a*<sup>1</sup> propter iuramentum; *b*<sup>1</sup> propter potestatem iudicalem deputantis; at potestas *saecularis* non



135. Actuarius, cum careat potestate iudiciali, abstineat necesse est ab omni exercitio potestatis soli iudici propriae. Quare illius non est, praesertim si sit laicus, v. g. testes examinare sententiasque interlocutorias ferre: secus nullus et irritus esset processus (33); sed fideliter universa iudicii acta conscribere debet, competenti ordine loca designando et tempora et personas (34), continuo et in continenti, non longo elapso tempore (35).

Acta a cancellario forma legitima (36) conscripta publicam merentur fidem et pro illis stat praesumptio iuris (37); tamen impugnari possunt propter formam non servatam aut errorem et dolum quoad materiam contentam (38).

Exinde autem necessitas deducitur vel saltem maxima convenientia, ut ab initio sui officii praestet *iuramentum* de officio fideliter implendo (39).

est competens in rebus spiritualibus; ergo etiam non potest deputare ad fidem faciendam in rebus spiritualibus, et vicissim. Cfr. *Bouix* l. c. I. p. 502. sq. et *Leuren*, For. eccl. l. II. tit. 22. q. 696.

(33) Cfr. S. C. Epis. et Regular., 25. Sept. 1806.

(34) Cit. cap. 11. X. de prob.

(35) Cap. 2. de V. S. V. 11. in Clem.; *Schulte*, Eheprocess. § 16. Cfr. quoque de obligatione et emolumentis cancellariorum: Editto Card. Gamberini § 143. sq. § 419. sq.; *Bouix* l. c. p. 511. sq.

(36) Confer de requisitis conditionibus ad legitimum protocollum *Wetzell* l. c. 422. sq., et sunt praecipue ut adnotetur dies, tempus, locus, personae agentes certo recognitae; nec non apponatur subscriptio actuarii (iudicis, defensoris matrimonii); et tandem actus fuerit lectus et approbatus per partes, quarum subscriptio a *Wetzell* non exigitur, sed hoc non obtinet in foro ecclesiastico. Nota autem vocem *protocollum* iam occurrere in Novella 44. cap. 2., ubi denotat specialem designationem temporis in papyro vel charta, quibus in instrumentis usi sunt. Postea eadem vox designat libros et registra publicorum magistratuum. Cfr. *Ducange*, Glossarium lat. medii aevi v. Protocollum.

(37) Cap. 11. X. de prob. II. 19.

(38) Arg. cap. 10. X. de fide instr. II. 22. cum parte decisa.

(39) Hoc sane in cap. 11. X. de probat. II. 19. non reperitur expressis verbis praescriptum; at cap. 13. X. de praescript. II. 26. supponitur scribarius esse *iuratus*; nam, "cum iuratus sit officium fideliter exsequi", inde deducitur quod ipsi *fides* sit adhibenda. Quod eruitur etiam ex consuetudine, quae v. gr. in ipso foro civili iam exsistebat ante receptum ius canonicum in Germania cfr. *Wetzell* l. c. p. 432.; *Pertile* l. c. Sufficit autem ut notarius in genere iuret se fideliter munus suum impleturum; neque necesse est ut singillatim iuramentum praestet de illis sex punctis qui recensentur a *Ferraris* v. Notarius n. 1. Idem auctor deinde affirmative respondet ad quaestionem utrum iuramenti solemnitas ex obligatione adhibenda sit, dum a potestate ecclesiastica creatur notarius, idque repetit ex generali consuetudine, de qua passim auctores loquuntur; at putat ex iure

136. Actuarius ad nutum competentis superioris ecclesiastici ab officio removeri potest idemque ius conceditur iudici ordinario vel delegato, cui libera data est facultas assumendi sibi actuarium (40).

Quemadmodum iudex ecclesiasticus certis in casibus ipso iure est inhabilis aut saltem propter causas legitimas ut suspectus a singulis partibus recusari potest, ita etiam actuarium ab actis conscribendis propter iuris prohibitionem ex officio abstinere debet (41) aut tanquam suspectus per exceptionem partium excludi valet (42).

## § 2. DE AUDITORIBUS (43).

137. Auditor sive cognitor, sensu stricto, dicitur ille, cui a iudice medium causae alicuius vel aliquis certus articulus audiendus vel examinandus committitur (44). Nostra vero aetate hisce auditoribus sensu stricto acceptis ii adnumerandi

communi non constare de tali obligatione; eo quod solemnitas illa in Concilio Viennensi (*Bouix* l. 490.) tantum fuerit requisita quoad illos notarios, qui ex privilegio apostolico potuerunt ab illis 20. Galliae episcopis creari; non vero posse extendi ad notarios *ordinarios* et ius *commune*. At si *generalis* est *consuetudo*, obligatio ex illa patet, scilicet ex communi iure non scripto sed consuetudinario. Denique existimat auctor hanc solemnitatem non requiri sub *poena nullitatis*, quod talis nullitas in iure non sit expressa.

(40) Instr. Card. Rauscher § 98.; *Schulte*, Eheproc. § 9.; Editto Card. Gamberini § 156.

(41) Clem. XII. decret. 18. Aug. 1731. ap. *Bened. XIV.*, De beatif. et canon. l. c., quo decreto *Regularibus* in Notarios constitutis a Collegio Protonotariorum participantium pro causis piis eiusdem ordinis non licet hoc munus exercere in causis servorum Dei eiusdem ordinis.

(42) Cfr. S. C. Ep. et Reg. 2. Aug. 1804.; *Drost* l. c. p. 42. 44.; Editto Gamberini § 156. de iure Ordinariorum procedendi contra cancellarios et « prendere quelle misure che crederanno convenienti » scilicet v. gr. suspendendi ab officio ad tempus vel etiam removendi.

(43) *Durantis* l. c. lib. I. part. 1. postquam egit de iudice delegato, legato, de dispensationibus (!), de officio iudicis ordinarii, ponit titulum de auditore et deinde agit de assessore. *Tancred.* l. c. post titulum de iudicibus ordinariis, de iudicibus delegatis, de arbitris, ponit titulum de assessoribus et auditoribus, ideoque primo loco agit de assessoribus; sed forte aptius *Durantis*. *Bouix* autem primo disputat de auditore quia is *aliquam* iurisdictionem ordinarie habet. Idem et nos hic agimus.

(44) Cap. 27. § 2. X. de off. et pot. iud. del. l. 29. ubi dicitur: « Unde si forsitan appellaretur ab eo, cui *medium* causae committitur, sive *cognitor* aut *executor* dicatur, vel, quod melius est, *auditor* ». *Tancred.* l. c. P. I. tit. 4. de assessorib. et auditorib. § 7.; *Durantis* l. c. lib. I. part. 1. tit. de auditore.

sunt, quibus more antiquo ipsius Sedis Apostolicae (45) vel totius causae vel certi tantum causae articuli cognitio eo fine committitur, ut post diligens examen iudici principali universam rem exponat eique definitionem causae relinquat (46).

At interdum sensu lato ii quoque auditores dicuntur, quibus tanquam veris iudicibus etiam ordinariis principalis cognitio et definitio causarum ecclesiasticarum commissa est, velut Auditores Rotae vel Auditor Camerae Apostolicae (47).

138. Auditores iam medio aevo praesertim in Curia Romana occurrunt (48), et nomen suum sortiti sunt aut a formula, qua causarum cognitio ipsis fuit commissa, aut a loco iudicii sive ab auditorio (49). Inter illos auditores Curiae Romanae

(45) Cap. 10. (Innocen. III.) X. de fide instr. II. 22.; cit. cap. 27. § 2. X. I. 29.; cap. 16. 21. X. de elect. I. 6.; cap. 6. X. de pign. III. 21.; cap. 8. X. de donat. III. 24.

(46) Instr. 11. Iun. 1880. art. 12. 29.; Instr. Card. Rauscher §§ 140. sq. 214. sq.; Instr. Prag. a. 1869. §§ 45. 81.; *Droste* l. c. p. 36. sq. Quod tamen non ita intelligendum est, quasi non integra quaedam *series* actuum iudicialium eidem possit committi, ut patet ex definitione allata supra ex *Tancredo* et *Durantis*; sed sententia definitiva saltem manet *exclusa*, quia in auditore, licet hanc ferat, videtur requiri saltem *subsequens approbatio*. Qua approbatione auditor distinguitur a vero et *perfecto delegato*. Quodsi delegatio ita facta sit, ut delegatus non sit merus executor, sed simul ad causae cognitionem deputatur, vocatur « executor mixtus ». Cfr. Gloss. in cap. 28. § 3. X. I. 29.; *Hinschius* l. c. I. p. 187.

(47) Greg. XVI., *Regolam. giud.* §§ 321. sq. 377. sq. 312. sq. 369. sq.; *Baldus* apud *Durantis* l. c. « De Auditore » in nota dicit Auditores Sacri Palatii habere « in *cognoscendo* iurisdictionem ordinariam, non in *decidendo* ». At sane iam a longo tempore Rota habuit iurisdictionem *ordinariam*, et tantum *extraordinariam* delegatam, si specialis causa a Rom. Pontifice eidem fuisset delata. Cfr. *Hinschius* l. p. 401. de iurisdictione ordinaria Rotae. Si autem auditor in Curia totam causam etiam *definire* potuit, constitutus fuit verus iudex delegatus, non tantum cognitor. Cfr. c. 3. de renunt. I. 2. in Clem., ubi occurrit « auditor », qui in Curia fuerat constitutus. Cfr. *Hinschius* l. p. 393.

(48) *Phillips* l. c. tom. VI. p. 450. sq. Quod si iam in epistola S. Gregorii M. lib. V. epist. 28. occurrit vox « auditor » sensum habet non iuridicum, sed significat discipulum (*Zuhoerer*, *discepolo*). Cfr. *Hinschius* l. c. I. l. p. 392. sq., ubi agit de Rota; et egregie de hac re disputat *Phillips* VI. p. 449. sq.

(49) Vox « auditorium » sane saepe occurrit in Decretalibus. Cfr. cap. 3. (Caelest. III.) X. de confirm. utili etc. II. 30.; cap. 3. (Inn. III.) X. de except. II. 25., ubi in parte decisa haec leguntur verba: « Et dum in nostra et fratrum nostrorum praesentia foret utraque partium constituta, pro ipso Iacobo fuit taliter in *nostro auditorio* allegatum ». Atque Glossa ad cap. 8. X. II. 14. v. « auditorio » recte notat: « *auditorium* est locus, ubi *causae*

principem locum occuparunt Auditores Rotae, quorum celeberrimum quondam collegium originem repetit ab auditoribus, quibus Rom. Pontifices in Curia causas committere solabant. Qui auditores iam ex saeculo 13. post compilationem Gregorii IX. proprium quoddam constituerunt collegium, ut patet ex testimonio *Durantis* (50), cui eo tempore causarum cognitio, non definitio fuerat concessa (51). Paulatim vero in

tractantur. Attamen exinde non potest deduci iam eo tempore extitisse *Rotam* tamquam proprium quoddam tribunal sive "auditorium", cuius membra dicerentur auditores. Etenim, ut constat ex capitibus numero praecedenti allegatis, pro *singulis* casibus designabantur *auditores* ad instar delegatorum, atque in iure Decretalium de proprio *collegio* auditorum tamquam stabili tribunali nihil occurrit. Praeterea saepissime *Cardinales* dati sunt *auditores* (cap. 16. 21. X. I. 6.), atque ex solis Decretalibus Gregorii IX. Phillips recenset 67. casus, quibus Cardinales dati sunt *auditores*; modo etiam pontificii *subdiaconi* sive cappellani (cap. 10. X. II. 22.; cap. 8. X. III. 24.; cap. 6. X. II. 23.), quorum Phillips 11. casus enumerat; at isti cappellani nondum fuerunt *stabile* quoddam collegium; modo alii praelati (cap. 13. X. II. 27.). Mox post tempus Gregoriana compilationis videntur paulatim collegium efformasse; quod saltem aliqua cum probabilitate crui-  
tur ex Summa Goffredi. Goffredus hic de Trano, qui a. 1245., creatus est Card. Diac. S. Hadriani et eodem anno Lugduni mortuus est, fuerat iam subdiaconus et cappellanus Gregorii IX. et *auditor* contradictarum. Is in Summa (quae videtur conscripta inter 1241.-45. antequam factus est Cardinalis, quia in ea se nominat subdiaconum) sub titulo De officio et potestate iudicis delegati n. 35. agit de *auditoribus* Curiae, et ponit quaestionem: "Quid de auditoribus Curiae, quibus viva voce vel per nuncium causae a Summo Pontifice committuntur? Respondeo sufficere probari sic esse commissum scripto vel non scripto". Quae verba, quamvis non absoluta certitudine, satis probabiliter tamen de *collegio* quodam intelliguntur, quatenus in Curia Romana iam certae personae exstiterint, quae dicebantur *auditores*.

(50) *Durantis*, Specul. iudic. (a. 1271.-87.) l. I. partic. 1. tit. de iud. deleg. § Iam n. 9.; tit. de off. ordin. § Videamus n. 3.; tit. de audit. n. 3. cum nota Baldi de Ubaldis († 1400.). Cfr. quoque eundem *Durantis* l. c. lib. II. part. 1. tit. de citat., ubi § Dicto agit etiam de citationibus "auditorum generalium palatii Domini Papae". "Qui ideo auditores generales dicuntur, quia eis generalis audientia appellationum totius orbis commissum est, non tamen diffinitio sine speciali Domini Papae mandato sibi facta prius relatione fidei... Nam de *consuetudine* diutius observata citant extra Curiam usque ad duas dietas". At ex formulis citationum allatis a *Durantis* patet, quod non per modum collegii iudicialis processerint, sed uni ex auditoribus causa fuit demandata: "Mandat magister Gul. Durandus, canonicus Belvacensis et Narbonensis, Domini Papae capellanus, subdiaconus ac ipsius palatii causarum generalis auditor, citari...". Cfr. *Goffr. de Trano* l. 29. n. 35. Cfr. etiam cap. 3. de reser. l. 2. in Clem.; "Auditor in romana curia deputatus a Nobis".

(51) Cfr. quoque Const. Ioannis XXII. "Ratio iuris" a. 1331.; cap. 13. de praeb. III. 2. in Extrav. com. = Benedicti XII. Const. a. 1335. Cfr. *Erler* l. c. p. 9.



causis contentiosis etiam vi ordinariae iurisdictionis sententias definitivas tulerunt (52).

139. Praeterea commemorandus est Auditor Camerae Apostolicae, cuius mentio iam fit a. 1277. sub Nicolao III. et a. 1393. exstitit iudex in controversiis cleri pontificii. Huius Auditoris tribunal multas subiit vicissitudines, donec tandem per ordinationem Pii IX. a. 1847. ad solas causas camerales fuit restrictum (53).

Auditor Sanctissimi, qui quondam in causis civilibus et criminalibus iudicis quoque officium obiiit, a Gregorio XVI. d. 31. Oct. 1831. omni iurisdictione contentiosa privatus est (54).

Propria quoque officia et vera tribunalia " Auditoris causarum confidentialium ", " Auditoris contradictarum ", " Auditoris Camerarii " non iam existunt (55).

Denique Auditorem Signaturae iustitiae, Auditorem conclavis, Auditores Nuntiorum Apostolicorum hoc loco saltem commemorasse iuvat (56).

140. Cum auditores sensu illo restricto, qui supra fuit expositus, iudicibus delegatis adnumerandi sint, facile eruitur, quis sibi auditorem (57) constituere possit (cfr. Instr. 11. Iunii 1880. art. 12.), imo non raro debeat (58).

Auditores, qui vel integrum processum conficiunt vel ad singularem quandam actum iudicalem deputantur, laici vel

(52) Gregor. XVI., Regol. giud. § 327.

(53) Moroni, Dizionario, tom. 82. p. 144. sq.; Ferraris v. Auditor.

(54) Moroni l. c. p. 196.; Gregorii XVI., Regolam. giud. § 277.

(55) Moroni l. c. p. 163. 186. 179.

(56) Moroni l. c. p. 191. 205.; Kirchenlex. (Card. Hergenroether) v. Auditores.

(57) Cum instructoris causae sit materiam colligere ad disceptationem et definitionem principalis controversiae, quod nonnisi difficulter a collegio fit, ideo apte ad hoc munus unus deputatur, et instructor causae designatur singularis iudex. Hoc innui videtur etiam in Instr. S. C. Episc. et Reg. 11. Iun. 1880. art. 12. quo dicitur: " Processus confectio committi potest alicui probo atque idoneo ecclesiastico, adstante actuario "; nec non art. 29., ubi legitur: " Expleto processu, actorum instructor restrictum conficit essentialium conclusionum eiusdem ".

(58) Instr. Prag. a. 1869. §§ 60. 20. 25.; Instr. Card. Rauscher § 216.; Bouix, De iud. eccl. l. p. 460.; Droste l. c. p. 36. sq. Quae Tancredus l. c. §§ 2. 7. et Durantis l. c. § Et igitur, provocantes praesertim ad cap. 27. § 1. X. de off. et pot. iud. del. l. 29., de necessitate assensus partium in eligendo auditore vel assessore generaliter asserunt, iampridem, vel pro ipsis delegatis Rom. Pontificis, videntur esse antiquata.



clerici coniugati esse nequeunt praesertim in causis criminalibus clericorum (59).

141. Quae de iuribus et obligationibus iudicum praesertim delegatorum statuta sunt, servata proportionem, auditoribus quoque sunt applicanda. Speciatim vero ab auditore ordinarie requiritur, ut ab initio officii suscepti iuramentum praestet de munere sibi commissio fideliter explendo. Quod si unus ex collegio quodam iudicum ecclesiasticorum in causis criminalibus fuerit delegatus, qui ad processum conficiendum officio auditoris vel relatoris fungatur, haud sine ratione in principalis causae disceptatione et definitione a voto decisivo (60) vel a iure collegio praesidendi excluditur, iuxta appendicem proceduræ criminalis in iudiciis ecclesiasticis Status pontificii 5. Nov. 1831. art. 2., nisi forte ipse Vicarius generalis processum confecerit (61). Quae statuta, ut

(59) Instr. 11. Iun. 1880. art. 12.; Epist. Encycl. S. Congr. Immunit. ad Episcopos Status pont. d. 3. Octob. 1832. apud *Bouix* l. c. p. 463. Huius assertionis ea est ratio intrinseca, quod laici iurisdictionis ecclesiasticae exercendae sint incapaces ex dispositione iuris communis. Cfr. *Bouix*, De iudic. eccl. I. p. 81.; p. 462.; cap. 2. 4. X. II. 1. Imo si de causa criminali clerici agatur, praeter rationem allatam ex incapacitate ad iurisdictionem ecclesiasticam exercendam, altera accedit, quod laicis de clericis iudicare speciali ratione sit interdictum. Hinc S. Congr. Imm. 18. Iun. 1651. ad quaesitum: « An Episcopus ad conficiendum processum possit delegare usque ad sententiam inclusive (*inclusive*: ita refert *Droste* l. c. p. 38.; at in textu italico epist. cit. 3. Oct. 1832. legitur *esclusivamente*, quod sane melius cohaeret cum contextu) laicum », respondit: « Episcopum non posse delegare iudicem laicum ». Et cum interrogata postea esset de validitate processus inquisitorii confecti a cancellario, tonsurato quidem sed coniugato, rescripsit: « Constare de nullitate processuum; et ministri Curiae episcopalis consulant conscientiae suae ». Cfr. haec et alia documenta accurate allata in epistola citata 3. Oct., quibus accedit respons. 5. Mart. 1855. relata ex Anal. I. P. XIII. 972. 1043. XX. 163. a *Droste* l. c. p. 38. Quare cum solus Rom. Pontifex ius commune abrogare eique derogare possit, nequit Episcopus illam inhabilitatem tollere atque laico tribuere iurisdictionem, ideoque si laicus ab Episcopo constitueretur iudex, talis deputatio esset nulla et irrita eiusque actus pariter essent nulli et irriti.

(60) Sic in Rota relator in causa sive Ponens quondam votum sive suffragium in turno non habuit. At Greg. XVI. Regolamentoo giudiziario § 325. statutum est: « Tutte le cause o maggiori o minori si decidono per turno da cinque giudici, compreso il ponente, che sarà il relatore e darà il suo voto ». Etiam in restituta Rota ponens seu relator votum habet in turno.

(61) Cfr. S. C. Ep. et Reg. 18. Iun. 1855. Et in causis gravioribus commendandum est, ut Officialis vel Vicarius generalis ipse causam instruat sive processum conficiat. Cfr. S. C. Ep. et Reg. 9. Mart. 1874.; Anal. I. P. XII. 737. 842., XX. 84.; *Droste* l. c. p. 113.

patet, ad processum civilem extendi non possunt neque vim legis universalis habent (62).

142. A compilatore vero processus in causis criminalibus clericorum accurate attendendi sunt art. 10. 11. sq. Instruct. 11. Iunii 1880. Quodsi denique quaeratur, quomodo auditor deferre debeat appellationi contra suam proceduram interpositae, iure antiquo standum fuit cap. 27. X. de off. et pot. iud. del. I. 29. (63); at nostra aetate, cum ex disciplina vigenti appellatio ad altiore instantiam non sit permissa ante sententiam vere vel aequivalenter definitivam (64), et auditoribus ordinarie non definitiva sententia, sed confectio processus vel articuli cuiusdam particularis examinatio committatur, principalis vero disceptatio et definitio causae iudici, qui auditorem constituit, sit omnino reservata, appellatio iudicialis tantum erit concessa, si auditor mandati fines excedat (65), aut gravamen infligere attentet, quod per definitivam sententiam reparari non possit, v. g. incarcerationem (66).

143. Auditor, si partibus suspectus sit, non tantum recusari (67), verum etiam a competente Superiore ecclesiastico ab officio suo revocari potest, et quatenus delegatus est, principia de cessatione potestatis iudicis delegati usuveniunt.

### § 3. DE ASSESSORIBUS.

144. Assessor (68), sensu stricto, est is, qui eo fine assumptus est, ut iudici assideat et assistat eumque in recta cau-

(62) Instr. Prag. a. 1869. §§ 24. 25. 60. 80.; *Drosté* l. c. p. 37. sq.

(63) Iuxta cit. cap. 27. potest ab auditore appellari, si tota causa cognoscenda et definienda ipsi fuerit delegata, aut si auditori *definitiva* sententia sit commissa (quibus in casibus tamen auditor proprie auditor non est, sed verus iudex delegatus, a quo sane ad delegantem appellari potest), imo etiam si ipsi committatur *principium* causae (v. gr. citatio), non vero si *medium* tantum causae committatur, nisi fines mandati excedat aut merito suspectus sit. Hinc dicit *Bouix* l. c. I. p. 462.: ~ Hinc si velit Episcopus praeavere, ne possit ab Auditore suo appellari, non ei committat *principium* nec *finem* causae ~. Sed haec quidem de iure Decretalium. *Laymann* in cit. cap. 27. notat etiam *extraiudicialiter* ab auditore ad delegantem posse recurri.

(64) Conc. Trid. sess. XIII. cap. 1. de ref. sess. XXIV. cap. 20. de reform.

(65) Cit. cap. 27. § 2.

(66) Conc. Trid. l. c.; *Bouix* l. c. p. 461. sq.; *Ph. Hergenroether*, D. Appell. §§ 6. 8.

(67) Cfr. cit. cap. 27. § 3. X. I. 29.

(68) Notat *Pertile* l. c. ex *Ficker*, Forsch. § 581. nomen quidem assessoris prius reperiri in ecclesiasticis tribunalibus, quam in saecularibus, institutionem vero officii prius in saecularibus quam in ecclesiasticis apparere.

sae cognitione et decisione suo consilio adiuvet et instruat (69). Atque isti assessores non raro consilarii iudicis vel tribunalis appellantur. Praeterea alterum existit genus assessorum, qui nomen illud retinentes veri iudices existunt iurisdictione praediti, sive tanquam membra collegii iudicum, sive ut iudices singulares, v. g. Assessor S. Officii (70).

145. Viri militares qui ex Urbe Roma ad gubernandas provincias mittebantur, cum procul dubio frequenter scientia iuris carerent aut aliis negotiis essent impediti, necessitate compulsi assessores sibi constituerunt (71). Qui mos adsciiscendi assessores sive consiliarios etiam in tribunalia ecclesiastica invecus est (72) et usque ad nostram aetatem retinetur.

Probe vero singulae instructiones examinandae sunt, utrum assessores, qui dicuntur, meris consiliariis, an veris iudicibus collectivis sint adnumerandi.

146. Ius (73) assumendi assessorem vel etiam plures assessores

(69) L. 1. 5. D. de assess. I. 22.; L. 2. 3. Cod. de assess. I. 51.; *Schmalzgr. h. t. n. 14.*; *Bouix* l. c. p. 466. sq.; *Durantis* l. c. tit. de assessore; *Tancred.* l. c. § 1. sq.

(70) *Schmalzgr.* II. 1. n. 14.

(71) Cfr. text. cit. in font.; *Walter*, *Gesch. d. roem. Rechts.* § 742. Iam tempore reipublicae mos ortus est, ut magistratus sibi eligerent consiliarios in iure peritos, quorum opera uterentur in administranda iustitia. Quae praxis sub Imperatoribus in stabilem quemdam ordinem redacta est, relicto tamen iure magistratibus sibi eligendi assessorem. Ordinarie autem singuli magistratus unum tantum assessorem habuerunt. Ex saeculo 3. isti assessores suas obtinuerunt pensiones, atque numerus eorum in singulis tribunalibus fixus determinatusque evasit; imo ex collegio illorum assessorum non raro via patebat ad superiores magistratus. Varia autem fuerunt officia et negotia istis assessoribus demandata (cfr. L. 1. D. de off. asses. I. 22.); at licet ad examinationes vel cognitiones causarum ipsi deputari potuerint, tota tamen definitio committi eisdem non potuit. Cfr. Nov. 60. cap. 2.; Nov. 82. cap. 2; L. 2. Cod. de assessor. I. 51. Magistratus suorum assessorum sententiam sequi non tenebantur; at ipsi assessores obligati manserunt, si sua culpa ad falsam sententiam ferendam iuduxissent magistratus. Cfr. L. 2. D. quod quisque iuris etc. II. 2.

(72) Cap. 27. X. I. 29.; *Tancred.* l. c.; *Durantis* l. c.; cap. 11. de rescr. I. 3. in Sext.

(73) Imo aliquando fuit etiam obligatio assumendi assessorem, nec solum in foro civili (*Perile* l. c. not. 96., ubi citat Pragm. Philippi II. 3. Mart. 1573.), sed etiam in foro ecclesiastico. Nam huc revocanda est praescriptio cap. 11. de haeret. V. 2. in Sext., ubi statuitur ut in examine testium, in processu contra haereticos instituendo, assumantur ab inquisitoribus duae religiosas et discretae personae, in quarum praesentia notarius vel duo viri idonei acta conscribant. Quare praeter iudicem sive inquisitorem

res, qui ex officio iudicii ecclesiasticis intersint et consilia suggerant, est penes Episcopum (74). Qui suo quoque Vicario generali assessores adiungere (75) potest, etiam ea lege adiecta, ut eorum consilium sequi teneatur saltem in cognoscendis et iudicialiter definiendis causis matrimonialibus, criminalibus aliisque, quas Vicarius generalis nonnisi ex mandato speciali Episcopi cognoscere et definire potest (76).

147. Iudices delegati a Sede Apostolica vel a Legato ex iure Decretalium assessorem sibi nequaquam sumptibus partium (77) adiungere possunt, nisi eo indigeant, quod con-

et *notarium* requirebantur *duae* aliae personae quae ex eo quod iudici assistere debebant, potuerunt assessoribus annumerari. Cfr. *Passerini* in h. cap. 11. n. 85., ubi notat olim disputatum fuisse num *duae* istae personae religiosas deberent esse *Regulares* votorum solemnium an possent quoque esse clerici saeculares; et inutilem esse hanc disputationem addit, eo quod assumptio duarum illarum personarum in Inquisitione Hispana et in S. Officio iam pridem sit sublata et coram iudice et notario solo fiat examen testium.

(74) *Durantis* l. c. tit. de assessoribus alique illud in definitionem inserunt, quod assessor assumptus dicatur *a iudice* seu ab eo, qui potestate iudicandi pollet; at isti assessores possunt etiam a superiore illius iudicis nominari.

(75) Cfr. Acta S. Sed. XVI. p. 328., ubi in causa Mediolanensi Provicarius generalis complures « assessores sibi adscivit ».

(76) Cap. 2. de off. Vicar. l. 13. in Sext. et *Bouix* l. c. l. p. 467., qui hac in re ob rationes non omnino concludentes nimium videtur restringere Episcoporum potestatem. Archiv f. k. KR. tom. 15. p. 356. sq.; *Droste* l. c. p. 21. sq. 39. sq.; *Durantis* l. c. § Salarium lib. II. partic. 2. tit. de requisitione consilii; *Molitor* l. c. p. 270. sq.; *Zech*, De iud. eccl. Sect. II. tit. 1. § 12.

(77) Praescindendo a delegatis Sedis Apost. *Durantis*, h. t. de assessore § Et igitur, tenet ius esse iudicis sibi eligendi assessorem; mox vero addit: « Verumtamen *consuetudo* tenet in plerisque locis et congruit rationi et iuri, et *tutius* est ut assensu partium eligatur.... ne qua partium eum postea valeat recusare et ne sub suspecto iudice litigare cogantur.... Ex quo enim semel electus est, non potest, nisi ex causa, improbari.... Si vero non concordarint partes, iudex eligat, prout viderit expedire.... quia iudicium redditur in invitum ». Ita *Durantis* haec fere exscribens ex *Tancredo* l. c. § 2. et insistens textibus iuris Romani et aliquibus ex iure canonico. At ista consuetudo iam pridem non amplius existit, nec nostra aetate assessores sumptibus partium constituuntur. Quod si cap. 27. § 1. X. l. 29., ubi agitur de *auditore*, cui medium causae committitur, statuitur: « Unde ne valeat recusari, provide statuimus ut de partium detur vel recipiatur assensu », haec valent de *subdelegato* auditore a *delegato* Papae, et ad alios delegantes non possunt extendi, sicut statutum de delegatis Rom. Pontificis quoad dignitates nequit extendi ad subdelegatos. — Idem *Durantis*, h. t. § Salarium, supponit et defendit, quod iudex *delegatus* possit salarium exigere a *partibus* pro *assessore* sibi *necessario*; nam si sibi non sit



scientiae ipsorum relinquatur; alioquin, si fraudulenter id fecerint, de suo proprio eidem assessori providere tenentur (78). Quinimo a Leone X. Const. "*Regimini universalis Ecclesiae* „ § 9. 4. Maii 1515. in Conc. Later. V. Sess. X. statutum fuerat: " Iudices et conservatores a Sede Apostolica deputati, si in altero iurium graduati non fuerint, assessorem partibus non suspectum ab ipsis partibus vel earum altera requisiti, assumere et secundum eius relationem iudicare teneantur „ (79). Quae iuris antiqui sanctiones decretis Tridentinis et praxi recentiori non parum videntur esse immutata.

148. Ex officio assessori commisso suis consiliis adiuvandi iudicem facile efficitur, quoad qualitates assessoris, proportionem servata, leges latas de iudicibus esse attendendas (80). Quare licet non requiratur, ut omnis assessor (81) sit doctor in iure canonico, tamen iuris canonici peritus sit oportet atque versatus in negotiis iudicialibus (82). Porro immunis esse debet a suspicione, secus si iusta sit suspicionis causa, a partibus recusari potest, quippe qui suo consilio efficaci iudicis sententiam determinare valeat (83).

necessarius, delegatus iudex debet parcere expensis litigantium. At idem *Durantis* l. c. negat Ordinarium posse habere assessorem et pro eo salarium exigere; Ordinarius enim debet habere *conscientiam* discernendi. Quod quidem debet intelligi de assessore assumpto *sumptibus* partium; nam si propriis sumptibus Ordinarius sibi eligat assessorem, nihil sane obstat, quominus id faciat. Quamvis Ordinarius aliis omnibus melius debeat cognoscere personas, iura partium, consuetudines suae regionis; id quod forte non obtinet in delegatis Sedis Apost., vel saltem quondam non obtinebat: nam nunc assumuntur ex iudicibus *synodalibus* electis in Synodo provinciali vel nominatis in Synodo dioecesisana.

(78) Cap. 11. § 5. de resc. l. 3. in Sext.

(79) Haec lex Leonis X. reperitur adhuc in Decretalibus Clementis VIII. sub titulo de officio et potest. iud. deleg. = l. 14. cap. 1. (*Sentis* l. c. p. 24.). At iam ipse Clemens VIII. Const. "*Sanctissimus* „ 19. Mart. 1592. statuerat conservatores ex *iudicibus synodalibus* esse eligendos.

(80) Assessor in primis integritas debet esse famae, nec turpitudine notatus. Cfr. l. 2. D. de off. ass. l. 22.; l. 2. Cod. de dignit. XII. 1. Nemo etiam officio assessoris et advocati in eadem causa, etiam successive, fungi potest " ne dum ad utrumque festinat, neutrum bene peragat „ Cfr. l. ult. Cod. de assess. l. 51.; arg. c. 38. C. XVI. q. 1., et c. 2. C. IV. q. 4.; *Durantis* l. c. § Poena, addit: " Sed quid si is, qui primo fuit advocatus, factus est in eadem causa assessor; numquid valeat sententia per eum lata? Videtur quod sic: licet eam ferre non depuerit.... Vel dic quod non teneat; debuit enim eam demandare „.

(81) Editto Card. Gamberini §§ 119. 120. de qualitatibus requisitis assessorum in Statu pontificio.

(82) Cfr. *Bouix* l. c. p. 469.

(83) Cap. 27. l. 29.; *Tancred.* l. c. § 3.



Denique assessor, cum careat iurisdictione ecclesiastica (84), ex laicis assumi potest. Quae huic sententiae in Archiv f. k. KR. tom. 53. p. 331. opponuntur, solidis rationibus non subsistunt (85).

149. Quoad iura assessoris sensu stricto accepti illud in primis animadvertendum est, quod veram iurisdictionem sive potestatem iudicalem non habeat; nullo enim iuris canonici textu id sufficienter probatur (86).

Quae vero sint illius obligationes, ex ipsa definitione huius officii satis patet (87). Ipsius enim est, invigilare ad veritatem indagandam, et quid iuris sit iudicem instruere. Quae si acceptato officio neglexerit, tenetur de iniustitia a iudice, patrata, nisi consensum suum denegarit (88). Quae ab antiquioribus scriptoribus inter assessoris officia recensentur, nostra aetate a cancellario vel a relatore aliisque personis iudicialibus non raro peraguntur (89).

Denique assessor, si in officio culpam admittat, a competente auctoritate puniri et a munere suo multo facilius quam veri iudices removeri potest (90).

#### § 4. DE ALIIS MINISTRIS IUDICIS ECCLESIASTICI.

150. Inter ministros iudicis ecclesiastici, qui gradus inferiores obtinent, primo loco nominandus est apparitor. Quo nomine licet universim omnes iudicum vel magistratuum inferiores ministri designentur, tamen maxime denotatur nuntius sive viator, qui ex officio sibi a competente auctoritate commisso et iuramento dato de munere fideliter implendo, citationes partium vel testium aliasque insinuationes in forma legitima perficit (91).

(84) *Durantis* l. c. § Officium: "Item nota quod assessor nullam habeat iurisdictionem".

(85) Cfr. *Bouix* l. c. p. 468.; *Scherer* l. c. I. p. 618.

(86) *Durantis* l. c. § Officium; *Bouix* l. c. p. 467.

(87) *Tancred.* l. c. § 4.

(88) Cfr. *Bouix* l. c. p. 466.

(89) V. gr. de decretis formandis, libellis repudiandis etc. Cfr. *Schulle*, *Eheproc.* p. 119. sq.

(90) Cfr. Editto Gamberini, § 97. sq. Damna a se suis consiliis illata resarcire absque dubio tenetur assessor. Quae autem de poenis assessoris in officio suo delinquentis ex iure Romano tradunt *Tancredus* l. c. § 6. et *Durantis* l. c. § Poena, in foro *ecclesiastico* non videntur habere practicam utilitatem.

(91) Cfr. cap. 19. X. de appell. II. 28.; Instr. 11. Iun. 1880. art. 14. Apparitor etiam apud populos Germanos occurrit, et apud Burgundiones di-

151. Officium apparitoris sive nuntii, cuius concessio pro diversitate regionum et tribunalium perficitur (92), non tantae est necessitatis, ut opera apparitorum, si curiae ecclesiasticae haud praesto sit, suppleri non possit per aliam personam qualificatam (93), vel per transmissas epistolas commendatas (94) atque adeo per nuntium tribunalis saecularis (95). Hinc apparitorem in foro ecclesiastico esse laicum nullo iure prohibetur (96).

Principalis praerogativa nuntii in hoc consistit, quod relationes illius actis insertae fidem publicam mereantur in iis.

cebatur *Vittiscalcus*, apud Longobardos *Publicus*, apud Visigothos *Sato*. In Germania proprie dicta pariter habebatur *Frohnbote budellus*, *Weibel*, *Vogt*.

Interdum Comes in Francia etiam unum ex assessoribus constituit apparitorem. Cfr. *Wetzell* l. c. p. 437. aliosque ibid. citatos. Veteres libri legales, praeter insinuationem decretorum et citationum, alia quoque munia apparitori adseribunt; v. gr. ipsi incumbere obligatio invigilandi num tribunal esset bene compositum, ideoque praesens esse debuit in iudicio; quoad formam proceduræ ab eo ius sciscitabatur; ipse aliquando supplevit etiam vices iudicis et de rebus actis testis existere potuit. Post introductionem vero processus Romani haec munia ab eo subducta sunt. Cfr. *Wetzell* l. c.

(92) *Durantis* tenet l. c. lib. I. part. 4. tit. de executore, quod generaliter quilibet iudex possit apparitorem eligere, at si mala esset electio iudicis, ipse esset in culpa et pro eo teneretur. *Bouix* l. c. l. p. 515. dicit: "Hinc solet (v. gr. quia iudex vel actuarius non facile possunt obire officium cursoris seu apparitoris) in qualibet ecclesiastica Curia unus aut alter nuntius auctoritate Episcopi et instrumento publico constitui". At sane Episcopus talem nominationem relinquere poterit Vicario generali vel Officiali vel Praesidi tribunalis ecclesiastici, sicut v. gr. etiam in Curia Romana inferiores officiales nominantur a Card. Praefecto vel a Congregatione vel a Collegio Rotali, non immediate a Rom. Pontifice.

(93) In casu necessitatis apparitor sive nuntius suppleri v. gr. potest etiam per actuarium. Cfr. S. C. Ep. et Reg. 11. Febr. 1806. in *Anal.* I. P. XII. 850. 750.

(94) Cfr. cit. Instr. 11. Iun. 1880. art. 14.

(95) Cfr. S. C. Episc. et Reg. 9. Febr. 1710.; *Bouix* l. c. l. p. 515. Editto Card. Gamberini §§ 299. 300. de qualitatibus requisitis cursorum in Statu pontificio.

(96) Cfr. quoque *Durantis* l. c. lib. I. part. 4. tit. de executore, n. 3. Qui ibidem disputat de qualitatibus executoris, scilicet vult ut sit liber, non servus, quia est officialis publicus; ut habeat aetatem legitimam seu 25. annorum, "sed videtur quod sufficit aetas 20. ann. sicut in arbitrio" aut "forte sufficit quod sit maior 17. "; ut sit laicus, non clericus, "quandoque tamen videmus in quibusdam locis, in causis ecclesiasticis hoc officium per clericos expediri "; ut sit locuples et probatae vitae, ne exponatur periculo peccandi.

quae pertinent ad illorum officium (97), quamvis probatio in contrarium admittatur (98). Quae sint obligationes apparitoris, praesertim constabit ex disputatione de citatione (99).

152. Apparitores, qui nuntii officio fungebantur, non raro etiam "executores", sententiarum constituti sunt (100), v. g. si res quaedam mobilis fuit tradenda (101). Quae executio, si vi tantum physica fieri potuit, baroncello (bargello) sive praesidi familiae armatae Episcopi (102) aut brachio saeculari per iudicem ecclesiasticum legitime requisito fuit demandata (103). Nostra aetate Ecclesia, salvo iure (104), familia armata uti non solet, sed brachium saeculare requirit, ubi opus sit et haberi possit (105).

(97) Gloss. v. Citationes ad cap. 11. X. de prob. II. 19.; Glossa, v. Suis nuntiis ad cap. 19. X. de app. II. 28.; *Gratia* l. c. P. I. t. 4. de citationib. § 1.; *Durantis* l. c. lib. II. partic. 1. de citatione § Sequitur n. 5. sq. cum addit. "Quoniam" *Ioannis Andreae*; *Panormit.* in cit. cap. 19. X. de appell. n. 4.; *Zech* l. c. tit. 5. § 61.

(98) *Maranta* l. c. P. VI. de citatione n. 53.

(99) *Durantis* l. c. I. I. partic. 4. tit. de executore n. 3.

(100) *Durantis* l. c. duplicem speciem executorum distinguit, scilicet executorem *litis* et executorem *sententiae*. Executor *litis* est "officialis, per quem *litis* essentia et ipsius causae praeparatio, iubente suo iudice, expeditur". Pro executore *sententiae* remittit ad titulum de executione.

(101) *Durantis* l. c. n. 3. et lib. II. partic. 3. tit. de executione *sententiae*.

(102) Cap. 1. de haeretic. V. 3. in Clem., ubi sermo est de tortura in foro ecclesiastico et de carceribus ecclesiasticis eorumque *custodibus*.

(103) Text. supr. cit. tit. IV. n. 98. cum not. 100.; *Hefele*, Conciliengesch. tom. V. p. 32. 185. tom. VI. p. 195. sq.

(104) Pii IX. Encycl. "Quanta cura" et Syllab. prop. 24.

(105) Cfr. *Bouix* l. c. I. p. 514. et II. p. 237. sq.; S. C. Ep. et Reg. 27. Nov. 1817. Mart. 1734.; *Drosle* l. c. p. 35. Nihil vero obstat, quominus isti inferiores ministri suam mercedem recipiant, pro diversa praxi tribunalium; haec autem retributio vocabantur "sportulae". Cfr. *Zech* l. c. tit. 5. § 62

## SECTIO II.

### DE PARTIBUS IN IUDICIO ECCLESIASTICO EARUMQUE ADIUTORIBUS.

#### TITULUS VI.

#### DE ACTORE ET REO.

(*Lib. I. tit. 1. de iudiciis continuatur*).

**153. Fontes :** Inst. IV. 6. de actionibus atque in Dig. et Cod. passim tituli de variis "actionibus". — Cod. V. 61. de actore a tut. seu cur. dando; Dig. V. 1. de iudiciis, et tituli Cod. ubi de partib. iudicial. ius conditur, v. g. VII. 43. III. 6. 7. IX. 1. 2. 6.; D. XLVIII. 2. de accusat. et inscript. — De reis vero consuli possunt: Inst. III. 16.; Dig. XLVIII. 3.; Cod. IX. 3. 4. 40. (1); C. II. q. 1. sq.; C. III.-VI.; In iur. Decretal. cit. lib. II. tit. 1. de iudiciis; lib. V. tit. 1. de accusationib. X. et in Sext.; lib. IV. tit. 18. X. qui matrim. accusare possunt. — Conc. Trid. sess. XIII. cap. 1. 8. de ref.; sess. XXIV. cap. 5. de ref. — Clem. P. VIII. Decretal. (ed. *Sentis*) p. 35. sq. — Instr. 11. Iun. 1880. art. 13. 33. sq. 21. 30.; Instr. S. Cong. S. Officii ad Patr. etc. Rituum orient. in causis matrim. adhibenda 20. Iun. 1883., cum qua concordat Instr. S. Congr. de Prop. Fide eod. ann. 1883. de iisd. caus. matr. ad Ordinar. Stat. Foeder. Amer. sept. (Acta S. Sed. vol. XVIII. p. 344. sq.); Instr. *Card. Rauscher* v. g. §§ 115. 116. sq.

**Scriptores :** Commentator. in cit. tit. iur. rom.; *Arndts-Serafini* l. c. § 96. sq.; *Vering*, Gesch. u. Pand. §§ 111. 114.; *Keller* l. c. §§ 12. sq. 46. sq. 87. sq.; *Lagrange*, Manuel de droit rom. l. IV. tit. 6. sq.; *Accarias* l. c. tom. II. n. 731. sq.; *Walter*, Gesch. d. roem. Rechts §§ 703. sq. 847. sq.; Idem Deutsch. Rechtsgesch. §§ 653. 676. sq. 753.; *Willems*, Le droit publ. rom. (ed. 5.) p. 343. 477.; *Ortolan* l. c. l. IV. tit. 6. sq. — Commentator. iur. Decretal. lib. II. tit. 1., lib. V. tit. 1.; *Zech* l. c. tit. 4. de actore et reo; *Soglia* l. c. § 205. sq.; *Durantis* l. c. l. I. part. II. tit. de actore, tit. de reo, tit. de accusatore, tit. de accusatione; *Bouix*, De iud. eccl. I. p. 168. sq., II. 8. sq.; *Ferraris* l. c. vv. Actor, Reus; *Droste* l. c. p. 46. sq.; *Muenchen* l. c. l. p. 284. sq. 363. sq.; *Lega*, De iud. l. n. 56. sq.; *Kellner* l. c. p. 123. sq.; *Hefele*, Conciliengesch. II. III. v. ind. Anklager.; *Redenti*, Giudiz. civile con pluralità di parti, 1911.; *Hellwig*, Lehrbuch III. § 151. sq. 1908.; *Chiovenda*, Nuovi saggi di diritto process. civ. IX. Sul litisconsorzio necessario, Napoli, 1912.

#### Praenotiones.

**154. Connexio materiae.** Absoluta disputatione de iudiciis ecclesiasticis eorumque adiutoribus et ministris, superest ut

(1) Greg. XVI., Regolam. giud. §§ 852. sq. 903. sq.

de reliquis personis agatur, quae in iudicio intervenire debent vel solent. Atque inter illas personas, quae *suo nomine* atque *necessario* (2) in omni iudicio interveniunt, principem locum occupant *actores* et *rei* sive *accusati* (3).

**155. Definitiones.** Partes sive litigatores sunt illae personae, quae nomine proprio, maxime privato (4), iura sua in iudicio vindicant sive actione vel aggressionem ius suum persequuntur eo fine, ut altera condemnetur (5), sive defensione illam aggressionem propulsant, ut a condemnatione liberentur. Et actor quidem vocatur ea pars, quae actionem (6) sive aggressionem proponit et prior ad iudicium provocat (7). Reus vero appellatur altera pars litigans, quae ab actore in ius vocata illius actionem vel aggressionem defensione propulsat (8). Quod si uterque litigator agit et convenitur, ille solum dicitur actor, qui prior ad iudicium provocavit (9), adeoque ex sola prioritatem temporis res est dirimenda (10).

**156. Divisiones.** Partes dividuntur in *principales* et *accessorias* (11). Praeterea sunt aut *singulares* personae aut complures existunt *consortes* litis sive tanquam actores sive ut rei. Quare distinguitur consortium litis *activum* et *passivum* (12).

(2) *Suo nomine*, ex quo excluduntur ii, qui alieno nomine interveniunt, v. gr. *procurator* vel *tutor* aut *curator*. *Necessario*, ex quo excluduntur ii, qui *possunt* quidem intervenire, sed non ex necessitate interveniunt, v. gr. *advocatus*.

(3) C. III. q. 9.; lib. V. tit. 1. de accusationib. tit. 23. de delictis pueror.; *Durantis* l. c. tit. de actore pr.; *Bouix* l. c.

(4) *Privato*, non tantum *publico*, ut *promotor iustitiae* vel *defensor vinculi*, qui nomine quidem proprio, sed *publico*, agunt.

(5) Nam actor numquam proprie loquendo *condemnatur*, sed si causa cadit, repellitur cum actione sua.

(6) Pr. Inst. de act. IV. 6.

(7) L. 13. 14. 29. D. de iudic. V. 1.

(8) Cap. 2. X. de ord. cogn. II. 10.

(9) Cit. L. 29. et cit. cap. 2.

(10) *Schulte*, Eheprocess. § 21.; *Wetzell* l. c. § 5. sq.; *Renaud* § 45. sq.; *Arndts-Serafini* l. c. § 96. sq.

(11) Cap. 2. ut lite pend. II. 8. in Sext.; Greg. XVI., Reg. giud. § 852. sq. 903. sq.

(12) Cfr. c. 72. X. de appell. II. 28. In causis matrimonialibus non raro plures sunt actores vel defensores; at non sunt *pares* litis *consortes* veluti ex contractu, sed potius ex iure (*consortium litis iuris*). Ita v. gr. si uterque coniux impugnat vinculum, aut si promotor iustitiae una cum altero coniuge matrimonii valorem sustinet aut promotor ex officio, propter famam publicam de impotentia, una cum altero coniuge matrimonii valorem impugnat. At haec unio non oritur ex pacto; nam etiamsi pars non defenderet aut respective non impugnaret matrimonium, defensor vinculi vel



Actor simpliciter ita vocatur in causa contentiosa, in causa criminali potius *accusator* audit. Reus alius est contentiosus, alius criminalis sive *accusatus*. Denique reus distinguitur *necessarius*, contra quem etiam invitum actio instituitur, a *voluntario*, qui ratione alicuius emolumenti vel publicae utilitatis causa, non coactus, contra actorem in iudicio sese sistit, ut contingit in actione Legis "Diffamari", (13), vel si citatio fiat per clausulam: Compareat, qui sua interesse putaverit (14). Ad hanc divisionem referenda est *interventio voluntaria* et *necessaria* tertiae personae (15).

**157. Notae historicae.** Ecclesia catholica, in canonibus de actore et reo conditis, praeter iuris naturalis sanctiones generatim leges Romanas adoptavit (16). Verum sicut in iure Decretalium leges Romanas pro suo foro correxit (17), ita iam inde a primis saeculis speciales normas suis tribunalibus constituit de admittendis vel repellendis accusatoribus, v. g. de haereticis (18). Antiquum ius Ecclesiae de accusatoribus in causis criminalibus multum pristinae utilitatis amisit, postquam Innocentius III. in Concilio Later. IV. (a. 1215.) capitul. 8. = cap. 24. X. de accusatore V. 1. processum inquisitionis introduxit et praxi ac paulatim etiam iure scripto constituti sunt promotores iustitiae (et defensores publici), qui ex officio partes actoris (vel accusati) susciperent (19).

Cum causae matrimoniales christianorum, quae non versantur de effectibus mere civilibus matrimonii, ex iure di-

promotor iustitiae vinculum matrimonii ex officio defenderet vel respective impugnaret. Quare haec *unio* in impugnando vel defendendo matrimonio dependet ex iuris dispositione non ex contractu; ideoque huiusmodi *consortes litis iuris* opponuntur litis consortibus ex contractu. Cfr. *Schulte*, *Eheproc.* § 115.; *Renaud* l. c. § 58.

(13) L. 5. Cod. de ingen. VII. 14.; cit. *Regol.* § 855.

(14) Cap. 47. de elect. I. 6. in Sext.; *Zech* l. c. P. I. tit. 5. § 52. sq.

(15) De hac interventione disponitur in cit. *Reg.* § 852. sq.

(16) Can. 5. 8. C. III. q. 5.; *Muenchen* l. c. I. p. 376.; *Bouix*, *De iud. eccl.* t. II. p. 8. sq.

(17) Cap. 3. h. t. in Sext.; cap. 14. X. de restit. spol. II. 13.

(18) Can. Apostolorum 74. 75.; cap. 6. Concilio Constantin: (a. 381.) adscriptum at non recte, ut probat *Hefele*, *Conciliengesch.* tom. II. p. 13. 26.; c. 6. Conc. Carthag. III. (a. 387.-390.); c. 6. sq. Conc. Hippon. (a. 393.); c. 7. 8. Conc. Vasens. (a. 442.); c. 9. 21. Conc. Chalced. (a. 451.); c. 18. Conc. Matiscon. I. (a. 581.); c. 13. 14. 15. Conc. Altheim. (a. 916.). Cfr. *Kellner* l. c. p. 125. sq.

(19) Cfr. Instr. 11. Iun. 1880. art. 13. et tit. sq. de promotore iustitiae et defensore publico.

vino Ecclesiae sint reservatae, et singularis omnino sit natura contractus matrimonialis et non paucorum impedimentorum matrimonii, singularis quoque necessaria fuit legislatio canonica de iis, qui contra matrimonium celebrandum aut iam celebratum legitime agere possunt. Quae leges canonicae maxime continentur libr. IV. tit. 18. qui matrim. accusare possunt, ad quas accedunt Const. Bened. XIV. "*Dei miseratione* „ 3. Nov. 1741. et Instructiones inter fontes citatae (20).

Qui professionis religiosae valorem impugnare possent, vel non possent, postquam in iure Decretalium v. g. cap. 12. X. de reg. III. 31. et in Concilio Tridentino Sess. XXV. cap. 19. de regul. iam fuit satis expressum, singulari cura et sollicitudine statutum est a Benedicto XIV. Const. "*Si datam* „ 4 Mart. 1748.

De postulatoribus, procuratoribus, promotore fidei in causis beatificationis et canonizationis consulendus est *Benedictus XIV.*, De beatif. et canoniz. lib. I. cap. 18. 19.

#### § 1. DE PARTIBUS SIVE LITIGATORIBUS PRINCIPALIBUS IN IUDICIO ECCLESIASTICO.

##### I. De legitima persona standi in iudicio ecclesiastico.

158. Omnes iique soli in iudicio ecclesiastico nomine proprio agere vel conveniri possunt, sive, ut dicitur, habent "*legitimam personam standi in iudicio* „, qui neque impediuntur iure naturali neque prohibentur iure positivo Ecclesiae (21). Nam aequitas naturalis postulat, ut unusquisque ius suum vindicare possit, sive tanquam actor, petendo quod sibi debetur, sive ut reus, repellendo actiones sibi intentatas, nisi specialis legis prohibitio adsit.

159. Prohibentur vero, praesertim ab actione in iudicio, sive iure naturali sive legibus ecclesiasticis:

1) Infantes (22) ac furiosi vel amentes (23). Isti naturali impedimento detenti per se neque agere neque conveniri possunt, sed ipsis constituendi sunt tutores vel curatores, qui illorum nomine agant vel conveniantur (24).

(20) Cfr. Commentatores iur. Decret. in l. IV. tit. 18.; *Bouix* l. c. t. II. p. 429. sq.; *Schulte*, Eheprocess § 21. sq.

(21) L. 5. D. de R. I. L. 17.; *Leuren*, For. eccl. l. II. tit. 1. q. 5.

(22) § 6. Inst. de curat. l. 23.; cap. 3. h. t. in Sext.

(23) L. 2. D. de postul. III. 1.; L. 9. D. de re iud. XLII. 1.; L. 124. § 1. D. de R. I. L. 17.; Gregor. XVI., Reg. giud. § 1584. sq.: Della interdizione per vizio di mente; § 1606. sq.

(24) *Bouix* l. c. l. p. 168. sq.; *Arndts-Serafini* l. c. § 449.

160. 2) Surdi et muti nec pro se nec pro aliis ex iure Romano (25) postulare possunt in iudicio (26). At vero caeci, licet pro aliis postulare nequeant (27), tamen pro se agere vel postulare non prohibentur.

161. 3) Prodigii, quibus ob prodigalitatem bonorum suorum administratio est interdicta (28).

162. 4) Pupilli septennio maiores ante annum 14. completum in rebus mere temporalibus nec agere nec conveniri possunt etiam in iudicio ecclesiastico per se absque auctoritate tutoris. Quod si secus fiat, sententia definitiva contra pupillum lata est nulla et irrita; sed sententia favorabilis pupillo agenti sine auctoritate tutoris est sustinenda (29). At si litem habuerint in causis spiritualibus, velut in causis beneficialibus vel matrimonialibus, vel dependentibus ab eisdem, v. g. de iure patronatus, iuxta Constit. Bonifacii VIII. cit. cap. 3. h. t. in Sext., per se agere aut defendere non possunt super ipsis, sed per suum Episcopum vel per Officialem eiusdem illis curator dandus est ad lites huiusmodi exercendas; aut

(25) At iuribus modernis, si adhibitis mediis nostra aetate iam existentibus ita exulti sint surdo muti, ut curatore non indigeant, etiam legitimum habent locum per se et personaliter standi in iudicio. Etiam *Bouix* l. c. recte commemorat progressum artis quoad surdos et mutos; et advertit, attenta *obligatione* in multis regionibus recepta per procuratorem agendi in iudicio, tantum sequi illos non omnino esse *exclusos* ab agendo, sed per procuratorem (non personaliter) causas suas agere posse in foro ecclesiastico. Cfr. etiam Cod. proc. civ. Ital. quomodo surdus vel mutus, vel surdus et mutus, sint examinandi (art. 213.), aut qui non callent linguam iudicis (art. 212.).

(26) L. 1. § 3. D. de post. III. 1.; c. 2. § 2. C. III. q. 7.; *Bouix* l. c.

(27) L. 1. § 5. D. de postul. III. 1. et cit. c. 2. § 2.

(28) L. 1. D. de curatorib. XXVII. 10.; Greg. XVI., Regol. giud. § 1597. sq.; Della interdizione per motivo di prodigalità.

(29) § 2. Inst. de curat. I. 23.; L. 1. Cod. qui legitim. pers. III. 6.; cap. 14. X. de rest. spol. II. 13.; cap. 3. h. t. in Sext.; *Passerin.* in cit. cap. 3.; *Pirhing* h. t. n. 13. sq.; *Schmalzgr.* h. t. n. 25. 27.; *De Angelis* h. t. n. 39. Pupilli septennio maiores et ante annos pubertatis, vel accuratius iuxta textum cap. 3. h. t. in Sext., « infra quartum decimum » aetatis annum existentes, sane quoad res mere temporales disceptandas in foro saeculari nostra aetate subsunt legibus civilibus regionis. Id quod etiam insinuatur in cit. Instr. Card. Rauscher. Si autem lis pupilli septennio maioris et ante annum 14. aetatis completum in causa mere *temporali* ratione fori *privilegiati*, v. gr. clerici 10. ann., decidenda esset a iudice ecclesiastico, iste pupillus *per se ipsum* in foro ecclesiastico personam standi in iudicio non haberet. Id quod evidenter eruitur ex cit. cap. 3. h. t. in Sext. Hinc recte *De Angelis* h. t. n. 39. scribit: « Hinc plane sequitur minorem 14. annis neque in *temporalibus* causis posse *per seipsum* in iudicio stare ».

ipsi, si maiores infante fuerint, cum auctoritate alterius eorumdem, procuratorem ad eas possunt deputare. Delegatus etiam Sedis Apostolicae et subdelegatus ab eo illis, si non habeant, curatorem dare valent vel auctoritatem constituendi procuratorem praestare, ad illas causas vel lites dumtaxat, quae coram ipsis sunt ventilandae. In huiusmodi quoque litibus sive causis, quamquam in potestate patris existunt, nec alias absque ipsius assensu in iudicio regulariter esse possunt, eius, cum de his se intromittere non habeat, nequam requiri debet assensus.

163. 5) Minores 25 annis sine auctoritate curatoris per se aut per procuratorem in iudicio stare non possunt ex iure Iustiniano (30).

His legibus Romanis standum est etiam in foro ecclesiastico quoad causas mere temporales propter forum privilegiatum forte a iudice ecclesiastico definiendas, nisi vi legitimae consuetudinis introducta sit mutatio iuris Romani (31).

At in causis spiritualibus et spiritualibus adnexis, minores 25. annis, dummodo sint puberes, per seipsos vel per procuratorem, sine auctoritate curatoris ad agendum vel defendendum admitti debent (32).

164. 6) Filiifamilias (33) sub patria potestate constituti suo nomine contra extraneum agere non possunt sine venia patris (34), salvo exceptionibus ipso cap. 3. h. t. in Sext. statutis; at sine illius consensu conveniri possunt (35). Hinc

(30) Cfr. L. 2. Cod. qui legit. pers. III. 6.

(31) *Passerin.* in cit. cap. 3. h. t. in Sext. n. 81.; *Schmalzgr.* h. t. n. 26. i. f.; *Schulte*, Eheprocess §§ 22. 27.

(32) Cfr. cap. 3. h. t. in Sext.

(33) Cfr. Regol. giud. di Greg. XVI. § 470.: « Gli *ascendenti paterni e materni* non potranno essere citati dai figli e discendenti senza il permesso del giudice o del presidente del tribunale, a cui deve portarsi la dimanda; il giudice o presidente non potrà accordarlo che dopo avere inteso le parti ed interposti inutilmente tutti, i mezzi di persuasione per indurle a concordia. La ordinanza, che accorda il permesso, farà menzione della tentata e non riuscita concordia e sarà scritta sull'originale dell'atto di citazione ». Quae pro sua generalitate concordant cum L. 13. D. II. 4.: « Generaliter eas *personas*, quibus reverentia praestanda est, sine iussu Praetoris in ius vocare non possumus ». Cfr. de nonnullis exceptionibus ex iure Romano, in quibus *contra* patrem agere potest filius, non obstante illa quasi *unitate personae* inter actorem et reum. *Wetzell* l. c. p. 39. not. 4.

(34) L. 9. (8.) D. d. O. et A. XLIV. 7.

(35) L. 39. (38.) D. eod.; L. 57. D. de iudiciis V. 1.



cum lis nulla nobis esse possit cum eo, quem in potestate habemus (36), iidem filiifamilias cum patre litigare non possunt (37), nisi in casibus a iure exceptis (38).

165. 7) Mulieres honestae saltem in causis contentiosis vel criminalibus civiliter tantum actis personaliter ad tribunalia ecclesiastica invitae trahendae non sunt, nisi in casibus a iure exceptis (39); si tamen in his causis agere vel respondere velint, id facere possunt, nisi sint feminae religiosae praesertim (40) quae debent sub clausura morari (41).

166. 8) Religiosi ut personae privatae et singulares, ordinarie nec per se nec per procuratorem agere vel respondere possunt in iudicio sine consensu sui Superioris (42) expresso vel tacito in causis contentiosis (43); secus nulla et

(36) L. 4. 11. D. eod.

(37) L. 13. D. de in ius voc. II. 4.

(38) L. 4. D. de iud. V. 1.; cap. 11. X. de sponsal. IV. 1.; *Schmalzgr.* h. t. n. 28. 29.; *Muenchen* l. c. I. p. 289.; L. 8. D. de prob. XXII. 3.; L. 5. § 1. D. de agnosc. et alend. lib. XXV. 3.; L. 32. 33. D. de adopt. I. 7.; L. 19. D. de rit. nupt. XXIII. 2.

(39) Cfr. cap. 1. h. t. in Sext.

(40) Hinc quia in cap. 2. h. t. in Sext. dicitur *praesertim*, aliae quoque personae religiosae, quae in communi vivunt, comprehendebantur. Nostra igitur aetate comprehenduntur procul dubio mulieres Congregationum recentiorum. Modus eas examinandi vel recipiendi earum attestationem insinuat in capite citato: scilicet vel iudex mittat ad eas tabellionem aut aliam personam idoneam, vel personaliter ipse eat, aut, si agatur de actu iudiciali, non de mera executione vel de nudo ministerio, eligat iudicem subdelegatum qui cum actuario ad eas se conferat.

(41) Cap. 2. h. t. in Sext.; Instr. Card. Rauscher § 143.; *Schulte*, Eheprocess. §§ 26. 27.; *Schmalzgr.* h. t. n. 30. 31.

(42) *Santi* h. t. n. 17. argumentatur ex cap. 16. h. t. et Clem. 1. de reser. I. 2., ut probet consensum Superioris non requiri, si quis cum eius licentia habeat *praeposituram, prioratum, parochiam* vel aliam *administrationem*, et quaestio agatur circa iura vel bona beneficii sive entis administrati. At ex cap. 16. tantum sequitur « praeceptores » Templariorum *pro suis domibus* posse agere in iudicio et male a nonnullis iudicibus fuisse reiectos; at nullibi dicitur eos *posse* hoc facere *sine* licentia suorum superiorum. Nam de hac re non fuit quaestio: sed tamquam « administratores » fuerunt admittendi, sive ut *Praelati* suorum ordinum. Cfr. c. 21. X. de rescript. Multoque minus probare videtur allegatum cap. 1. in Clem. de rescriptis, quod pariter non videtur ad rem facere, quoniam ibidem *Abbatibus* interdicitur *convenire* certas personas seu certos priores; sed de actione *religiosi privati* sine licentia Superioris non agitur.

(43) Cfr. de iure religiosorum, etiam non saecularizatorum, standi in iudicio, caus. S. C. C. in Act. S. Sed. vol. 24. p. 450. sq. Ratio autem generalis regulae est, quia religiosus caret propriis bonis, saltem si sit solemniter professus, neque ullum habet ius in bona, quod ipse personaliter possit civili actione persequi; sed quidquid acquirit monachus, monasterio



irrita sunt acta iudicialia (44). A qua regula generali sane excipiendi sunt aliqui casus, velut si religiosus agere velit de valore suae professionis (45), aut appellet in casibus a iure permissis contra suorum Superiorum ordinationes et sententias (46). Multoque minus religiosus consensu sui Superioris regularis indiget, si ad dignitatem episcopalem promotus (47) pro bonis et iuribus Ecclesiae sibi concreditae litem intentat (48).

In causis criminalibus sane religiosus, non monasterium vel religio (49), tanquam reus coram iudice competente con-

acquirat et ideo monasterium potest vel debet agere, non monachus. Si vero agatur de contractibus, quae non respiciunt bona temporalia sed obligationes personales, quia religiosi proprium velle et nolle non habent, ideo *firmiter* absque *consensu* sui superioris sese obligare non possunt. Quare si Superior illum consensum denegaverit, *firma* non fuit obligatio religiosi, ac proinde nulla actio ex illa oriri potuit. At cum consensu Superioris religiosus pacta inire potest (*Schmalzgr.* in tit. de pactis); quo in casu in altera parte oritur ius *agendi contra* talem religiosum ob pactum *non servatum* coram iudice competente.

(44) Cap. 6. X. de statu monach. III. 35.; cap. 2. de testam. III. 11. in Sext.; cap. 5. de sepult. III. 12. in Sext.

(45) Cfr. Conc. Trid. sess. XXV. cap. 19. de regular.; Bened. XIV. cit. Const. « *Si datam* ».

(46) *Suarez*, De virt. et stat. relig. tract. VIII. lib. II. cap. 11.; *Bouix*, De iure regular. tom. II. p. 444. sq.; *Ph. Hergenroether* l. c. § 22.

(47) Nam si ita promotus est regularis, consequitur liberam facultatem administrandi; at in libera facultate administrandi bona aliqua continentur etiam ius agendi et respondendi in iudicio.

(48) *Schmalzgr.* h. t. n. 37. 38. Cfr. Arch. f. k. KR. t. 61. p. 70. sq. Quodsi nostra aetate leges civiles illam inhabilitatem regularium cum votis solemnibus ad possidendum et agendum non iam agnoscunt, propterea ius canonicum non est immutatum, sed ut illi professi votorum solemnium conscientiae suae consulant, absque licentia competentis Superioris ecclesiastici nihil est attentandum. Cfr. Decreta et declarationes S. Poenitent. 28. Iun. 1866. 18. Apr. 1867. Et quoniam professi votorum simplicium dominium radicale suorum bonorum retinere possunt, sed eis omnino interdicta est eorum administratio et reddituum erogatio et usus (cfr. Decret. Pii IX. 12. Iun. 1858.), ideo illi quoque sine licentia suorum Superiorum causas agere in iudiciis non possunt.

(49) Imo etiam in causis contentiosis attendendum est quousque se extendat ius agendi vel *obligatio* respondendi in iudicio. Nam v. gr. si monasterium aliquod habet debita, non ideo aliud eiusdem ordinis monasterium in ius vocari potest, quemadmodum pro parochia debitis onerata vicina eiusdem dioecesis parochia non potest in ius vocari; nam sicut integra dioecesis non respondet pro singulis eius partibus, ita nec integer ordo religiosus tenetur respondere pro singulis provinciis aut domibus. Quare quamvis alia domus, vel integra provincia aut integer ordo forte alicui domui egenti subsidio venire possint ex caritate, ad id tamen ex iustitia non tenentur.

veniri potest vel debet (cfr. v. g. Pauli V. Const. "*Rom. Pontifex*", 1. Sept. 1606.) neque ullo iure prohibetur, quominus contra graviter delinquentes intra religiosum ordinem accusatoris officium suscipiat (50), licet accusatio proprie dicta raro aut nunquam locum habeat, sed potius, si iudicialiter sit procedendum, iudicium inchoetur ex officio per inquisitionem, praecedente diffamatione vel denuntiatione canonica (51).

167. 9) Ecclesiae, capitula, monasteria similesque personae morales sive iuridicae per se agere vel conveniri in iudicio non possunt. Quare cum per alios agere vel conveniri debeant (52), quaerendum est, quis illarum personarum moralium locum teneat.

Et sane controversia non existit, Praelatum ecclesiae saltem cum consensu sui capituli (53) agere et respondere in iudicio posse (54); imo etiam sine consensu capituli, si agatur de bonis et iuribus Praelato et capitulo communibus nec de causis nimis arduis, liberaque administratio sit penes Praelatum neque iure quodam speciali Praelato et capitulo communiter sit reservata (55).

Quid Praelati regulares possint in processibus inchoandis, maxime eruendum est ex iure particulari singulorum ordinum religiosorum. Ita v. g. cap. 21. X. de rescr. l. 3. statuitur, quod Abbates ex officio debeant suarum congregationum negotia curare et de suis conventibus respondere in iudicio (56).

De iure communi parochi, cum sui beneficii et officii habeant liberam administrationem, agere et respondere quoad iura ecclesiae parochialis non prohibentur. Quod ius parochi-

(50) Cfr. cap. 11. 26. X. h. t. Paulus V. Const. cit. statuit causas regularium, qui de haeresi sunt suspecti aut huius criminis sunt rei, ab inquisitoribus vel Ordinariis locorum, non autem a Superioribus ordinis cognoscendas fore.

(51) *Lugo*, De iust. et iure disp. 37. sect. 7. et 14.; *Suarez* l. c. cit. tract. X. lib. X. cap. 12. 13.

(52) L. 6. 7. pr. L. 8. D. quod cuiusque universit. III. 4.; l. I. tit. 39. De syndico X.; *Schmalzgr.* l. c. I. 39. n. 5.

(53) Episcopus sane laudabiliter agit, si, antequam processum tamquam actor incipiat, consilium capituli Ecclesiae requirat, sed generatim Doctores hunc casum non recensent sive inter illos, in quibus capituli consilium est petendum, sive inter illos, in quibus est habendus consensus.

(54) Cfr. cap. 9. X. h. t.; cap. 19. i. f. X. de elect. l. 6.; cap. 21. X. de rescr. l. 3.

(55) *Schmalzgr.* h. t. n. 39.

(56) Cfr. quoque *Suarez* l. c. tract. X. lib. X. cap. 5.

rum Episcopi ordinationi est ita subiectum (57), ut Episcopus quoque nomine ecclesiae parochialis agere aut saltem parochis mandare possit, ne ullam litem ipsi intentent pro iuribus suarum ecclesiarum aut litem in ipsos motam excipiant sine praevio consensu Ordinarii (58).

168. 10) Excommunicati excommunicatione maiori, si sint vitandi neque per se neque per procuratorem in iudicio ecclesiastico agere possunt, sed ex officio a iudice ecclesiastico

(57) Episcopus enim tamquam pastor habet ius vigilantiae in parochum administrantem sicut in omnes administratores bonorum Ecclesiae in diocesi, et potestatem cumulativam cum ipsis in administratione. Quare si parochus v. gr. sit negligens, potest Episcopus etiam solus agere pro defensione iurium alicuius parochiae suae dioecesis.

(58) Cfr. ordinationem Ep. Moguntini apud *Vering*, ne clerici sine consensu Episcopi causam intentent in foro saeculari. Cfr. *Schmalzgr.* h. t. n. 40.; *Pirhing* h. t. n. 35.; *Bouix*, De parochia, p. 596. sq.; Arch. f. k. KR. t. 7. p. 256. sq. De parochiis incorporatis consuli potest Arch. f. k. KR. tom. 48. p. 452. sq., tom. 52. p. 217. 476. sq., tom. 58. p. 336. sq. et *Schmalzgr.* l. c., qui tamen ibidem non satis distinguit inter incorporationem quoad *temporalia* sola et incorporationem quoad *temporalia et spiritualia*. Parochiae enim possunt esse incorporatae duplici hac ratione. Porro si parochia incorporata est quoad *sola temporalia*, ille, qui dicitur *vicarius*, est *verus parochus* et habet officium seu titulum quoad *spiritualia*, neque, ratione incorporationis quoad *temporalia*, ecclesia illa, cui parochia est taliter incorporata, sese immiscere potest in iuribus spiritualibus parochiae. Hinc si de his iuribus oriatur controversia, causam agere et defendere potest et debet parochus seu vicarius. Si vero agatur de bonis *temporalibus*, agere vel respondere debet ecclesia seu monasterium, cui parochia quoad *temporalia* incorporata est, quaeque proinde dominium vel saltem usumfructum illorum bonorum habent; nec quoad haec agere vel respondere potest vicarius. Quod si quoad *utrumque* facta est incorporatio, parochus principalis, idest Abbas vel Praepositus, non vicarius, in causis agere potest vel respondere. Quare nimis generaliter *Schmalzgr.* in casu parochiae incorporatae sine distinctione asserit vicarium agere vel respondere posse super iuribus vicariatus, melius autem super his agere vel respondere collegium vel monasterium „quia (parochia) est in quasi dominio vel proprietate eiusdem“.

Quodsi vel ipsi parochi in litibus pro suis ecclesiis suscipiendis Episcopis subordinati sunt, id multo magis valet de illis provisoribus laicis, quibus ex concessione vel saltem tolerantia Ecclesiae administratio bonorum parochialium est commissa.

Similiter si consensus gubernii interdum a legibus civilibus requiritur, v. g. sicut olim in Gallia decret. generali de fabric. 30. Dec. 1809. art. 77., ut processus intendi possit ab istis provisoribus, huiusmodi statuta potestatis civilis, nisi conventionibus cum Sede Apostolica initis vel legitima consuetudine sint approbata ab Ecclesia, omni valore destituuntur et liberae administrationis bonorum ecclesiasticorum sunt violatio, quae forte ad vitanda maiora mala tolerari debet.

sunt repellendi (59). Nam huiusmodi excommunicatus ab omnibus vitari debet omnisque communicatio forensis cum illo est interdicta (60). Quodsi publici excommunicati sint tolerati, etiam post Martini V. decretum "*Ad evitanda* .. (61) a iudice ecclesiastico ex officio et ab altera parte per exceptionem legitime propositam et probatam (62) ab agendo repelli *possunt*, sed *non debent* (63).

At quoniam legitima defensio in iudicio nemini est neganda, excommunicati ab ea actione repellendi non sunt, quae potius habet vim iustae defensionis, velut si probare velint, excommunicationem in se latam esse ipso iure nullam (64).

Denique excommunicati etiam vitandi non absolute et intrinsece sunt inhabiles ad agendum, sed sola prohibitione Ecclesiae impediuntur. Quare si a iudice ex officio non repellantur atque a reo non nisi post rem iudicatam exceptio proponatur, executio impeditur, sed sententia, quae praecessit, robur debitum obtinet (65).

Verum excommunicati vitandi et tolerati, ne de sua ma-

(59) Quare iudex non debet expectare exceptionem propositam ab altera parte, sed taliter excommunicatos ex praescripto legis *debet* motu proprio ab agendo repellere.

(60) Cfr. Cod. can. Ecclesiae Africanae c. 128. (*Hefele*, Conciliengesch. II. p. 132.); C. 1. C. IV. q. 1.; cap. 8. de sent. excom. V. 11. in Sext.; cap. 1. de except. II. 12. in Sext.; R. I. 67. 72. V. 12. in Sext.; cap. 15. de procur. I. 38.; *Suarez*, De censur. disp. XVI. sect. 3.; *Kober*, D. Kirchenbann p. 419. sq.

(61) *Hefele*, Conciliengesch. t. VII. p. 357.

(62) Cap. 1. II. 12. in Sext.; cap. 21. § 2. X. de off. et pot. iud. del. I. 29.; cap. 2. de sent. exc. V. 11. in Sext.; cap. 2. X. de except. II. 25.

(63) *Schmalzgr.* h. t. n. 32. 34.

(64) Cfr. cap. 2. V. 11. in Sext.; *Schmalzgr.* l. c. n. 34. Secus, si probare vellet excommunicatus sententiam excommunicationis esse iniustam, quia in hoc casu prius absolvendus esset sub cautione praestita se mandatis ecclesiae paritutum. — At etiam in aliis casibus admittuntur, ut si agatur de periculo animae, v. gr. in causis matrimonialibus, aut si periculum sit in mora, v. gr. si reus debitor sit fugitivus, aut si excommunicatus agat ad impetrandum rescriptum apostolicum super appellatione, quia in his omnibus eius actio ad defensionem reducitur; et generatim quando est actor necessarius. Quae etiam potest an talis excommunicatus possit actorem reconvenire. Et ex principiis adductis facillime videtur responsio, scilicet reconventionem non esse permissam si de *nova* plane causa agatur; at si reconventio fiat ex causa *connexa* cum actione, tunc, ut putat *Schmalzgr.* h. t. n. 34., id admittitur, quia hoc habet rationem defensionis.

(65) Cfr. cap. 1. II. 12. in Sext.; *Suarez* l. c. n. 7. sq.; *Kober* l. c. p. 421. sq.



litia commodum reportare videantur, tanquam rei necessarii admitti atque adeo compelli possunt, ut compareant in iudicio ecclesiastico, sed eo in casu ordinarie per alium sive per procuratorem debent respondere (66).

Si excommunicati tolerati rei sint voluntarii, sane admitti possunt, sed non debent, a iudice vel ab altera parte.

169. 11) Ordinarie omnes acatholici (67) velut infideles, Iudaei, haeretici, schismatici, saltem ut veri actores vel accusatores in causis criminalibus contra catholicos et praesertim contra clericos in foro ecclesiastico non admittuntur (68), sed ut rei tantum citari possunt, quatenus iurisdictioni ecclesiasticae vere sint subditi et in delictis cognitioni et definitioni Ecclesiae subiecti. Ecclesia enim non prohibetur, quominus etiam contra extraneos ratione iurisdictionis sibi non subditos, vi iuris defensionis, iura sua vindicet (69) ut societas vere perfecta (70).

In causis litigiosis fori canonici, quamvis acatholici pariter in iudicio ecclesiastico, contra catholicos ordinarie actores existere non possint (71), tamen casus non desunt, quibus

(66) Cfr. cap. 7. X. h. t. et Gloss. v. Conveniri; Suarez l. c. sect. 4.; Kober l. c. p. 422. sq.; Schmalzgr. h. t. n. 33. 34.; Bouix l. c. I. p. 174.

(67) Cfr. Cod. canonum Eccles. Africanæ c. 129. (Hefele l. c.).

(68) L. 21. Cod. de haeret. I. 5.; Novell. 45. cap. 1.; c. 23. 24. 25. 26. C. II. q. 7.; c. 1. C. IV. q. 1.; cap. 21. X. de testib. II. 20. et Gloss. v. Praesumant; Muenchen l. c. I. p. 131. 377.; Instr. Prag. (a. 1869.) §§ 59. 72. — Aliud est si tantum denuntient crimen, et promotor iustitiae ex officio procedat contra reum vere recteque denuntiatus. Cfr. Instr. Prag. § 59.

(69) V. gr. S. Officium iure procedit contra Hebraeos et paganos propter abusum hostiarum consecratarum, seductionem christianorum et incitationem ad apostasiam, publicam blasphemiam B. Virginis et Christi Domini.

(70) Nicolai IV. Const. « Turbato corde » 5. Sept. 1288.; Gregor. XIII. Const. « Antiqua Iudaeorum » 10. Iun. 1581.; Pignatelli, Novissimae consult. canon., consult. 128. (quo in loco Pignatellus factum competentiae S. Officii sane fusius illustrat, sed ratio iuridica ab ipso allata non est admodum firma, scilicet quod communia multa habeant cum christianis; quod certe non facit eos subiectos iurisdictioni ecclesiasticae); in libro, qui dicitur Septimus, lib. V. tit. 1. de Iudaeis cap. 5. — Nota autem hic, laicos quoque, etsi catholici sint, de rigore iuris (cap. 14. X. II. 20.) in accusationem vel testimonium contra clericum in criminali causa non esse admittendos, nisi forte suam vel suorum prosequantur iniuriam, imo tunc quoque non ad testimonium, sed ad accusationem tantum admitti posse; in causis vero civilibus et in inquisitione laici contra clericos tamquam testes recipiuntur. Cfr. cap. 33. X. de testib. II. 20.

(71) Cfr. c. 24. 25. 26. C. II. q. 7.; cap. 13. § 5. X. de haeret. V. 7.



admitti possunt vel debent (72), sive ut actores, sive ut rei, v. g. in causis matrimoniorum mixtorum (73).

## II. De iuribus et obligationibus partium.

170. Iura partium haec recenseri possunt:

I. Partes in iudicio, nisi pro rei natura a legibus aliter sit statutum, in eadem sunt conditione eodemque iure utuntur atque pari ratione a iudice ecclesiastico sunt audiendae (74).

II. Quamvis reus etiam invitus ad iudicium compelli et in ipsum, si comparere in iudicio recusaverit, a iudice competente sententia pronuntiari possit, tamen ordinarie nemo invitus per se agere vel accusare debet, sive in causis contentiosis sive in criminalibus, neque a iudice ad hoc compelli potest (75). At qui actionem instituit, prosecui eandem tenetur et ad coeptam actionem proseguendam cogi potest, nisi actor actioni possit et velit renunciare (76).

Praeterea coacta quaedam actio habetur, si quis cogitur ius suum intra certum tempus prosecui (77), ita ut elapso illo tempore privetur iure suo agendi (78). Denique per pro-

(72) Ecclesia sane etiam competens est quoad matrimonia *baptizatorum* acatholicorum; at antequam sese Ecclesiae subiiciant, *favores* et *iura* in Ecclesia non habent. Hinc sicut Ecclesia non dabit *dispensationem* matrimonialem (cfr. Ben. XIV. Const. „*Magnae nobis*“ 29. Iun. 1748.; et eiusd. Const. „*Ad tuas manus*“ 8. Aug. 1748.), ut v. gr. duo protestantes consanguinei in 2<sup>o</sup> gradu inire possint matrimonium validum; ita Ecclesia non admittit virum protestantem ad agendum in foro ecclesiastico, v. gr. ut impugnet matrimonii valorem contra suam uxorem protestantem. Verum Ecclesia haec tantum curat, si aut saltem una pars tempore celebrati matrimonii iam fuit catholica aut matrimonium celebratum est cum licentia Ecclesiae, aut si saltem una pars fiat catholica.

(73) Cap. cit. 13. § 5. X.; *Sanchez*, De S. Matrimonii Sac. lib. VII. disp. 3. n. 9. (omissis aliis, quae falso ibidem asserit); *Schulte*, Eheprocess § 22., qui pariter veris admiscet falsa; Instr. *Card. Rauscher* § 115. sq. Cfr. etiam Conc. Trid. ed. *Richter* p. 232. sq., ubi allegatur causa Granat. Matrim. quoad valorem vinculi, quae *post* mortem coniugum (mariti et uxoris) intentata ab altera muliere contendente se fuisse legitimam uxorem illius, evidenter propter legitimitatem prolis fuit decisa a S. C. C. 18. Dec. 1745.

(74) Cap. 2. X. de mut. pet. II. 4.; *Droste* l. c. p. 46. sq. p. 50. sq. p. 53. sq.; Cfr. *Renaud* § 77. de principio mutuae audientiae.

(75) L. unic. Cod. ut nemo III. 7.; L. 42. D. de R. J. L. 17.

(76) Novell. 112. cap. 3.; *Schmalzgr.* h. t. n. 44.; *Bouix*, De iud. eccl. I. p. 183.; *Zech* l. c. P. I. tit. 4. § 47.; *Schulte*, Eheprocess § 23.

(77) De antiquo iure Romano et germanico consuli potest: *Wetzell* l. c. § 13.; *Renaud* l. c. § 53.

(78) Cfr. iam *Durantis* l. c. lib. I. partic. 2. tit. de actore § Expedito n. 84.; *Schmalzgr.* l. c.; cap. 6. X. qui matr. accus. IV. 18.; cap. 47. de elect. I. 6. in Sext.

vocationem ex L. Diffamari 5. Cod. de ingen. manumiss. VII. 14. et per provocationem, quae dicitur, ex L. Si contendat 28. D. de fideiuss. XLVI. 1. (79), actor coactus constituitur.

Nemo quoque cogi potest in processu criminali, ut se ipse accuset. Quare iuramentum de veritate dicenda in processu inquisitorio ab accusato exigi nequit. Nam huiusmodi iuramentum quondam usitatum, at satis periculosum multisque incommodis expositum, Benedictus XIII. in Concilio Romano (a. 1725.) sapienti consilio omnino interdixit et abrogavit (80).

III. Partes, sive actores sunt sive rei, ius habent per procuratores litigandi, neque a iudice, ut personaliter in iudicio compareant, ex legum dispositione cogi possunt, nisi causa sit criminalis vel nisi pro veritate dicenda vel pro iuramento calumniae faciendo vel ob aliam iuris necessitatem praescriptum fuerit partes coram iudice personaliter praesentari (81).

IV. Ius est partium iuxta antiquum ius Decretalium (82) exigendi ab adversario vel eius mandatario iuramentum calumniae sive malitiae.

V. Commemorandum quoque est inter iura partium ius articulandi (83) sive proponendi breves interrogationes, quibus facta et asserta contrariae partis dilucidantur (84).

VI. Huc spectat, quod sicut actori relinquenda est libertas, intentionem suam probandi, ita in primis reus sive accusatus iure suo postulat, ut actor revera rem intentam pro-

(79) *Vering*, Gesch. u. Pand. § 115.; *Durantis* l. c.; *Hostiensis*, Summa I. II. tit. 3. n. 11.; *Zeeh* l. c. § 52. sq.; *Innoc. IV.* Comment. ad cap. 5. X. qui filii IV. 17.; *Muenchen* l. c. I. p. 356. sq.

(80) Collect. Lac. tom. I. p. 364.; *Droste* l. c. p. 56.

(81) Cap. 14. X. h. t.; cap. 2. X. de procurat. l. 38.; cap. 1. h. t. in Sext. et *Passerin.* in h. cap. 1.; *Schmalzgr.* h. t. n. 45. sq.; *Bouix* l. c. I. p. 183. sq.; *Santi* h. t. n. 19. De privilegio Episcoporum cfr. Conc. Trid. sess. XIII. cap. 6. de ref.; Pii IV. Const. « *De salute gregis* » § 3. d. 4. Sept. 1560. inter Decretales Clem. VIII. (*Sentis* l. c. p. 35.) atque de causis matrim. Instr. *Card. Rauscher* § 143. et *Schulte*, Eheprocess §§ 26. 27.

(82) Cfr. lib. II. tit. 7. de iuramento calumn. X., lib. II. tit. 4. eod. in Sext.

(83) Cfr. de terminis quondam usitatis ad ponendum, ad respondendum positionibus, ad articulandum, ad dicendum contra articulos: *Briegleb* l. c. p. 55.

(84) Cap. 54. §§ 2. 3. X. de elect. l. 6.; cap. unic. X. de litis contest. II. 5.; cap. 1. 2. de conf. II. 9. in Sext.; cap. 3. de iureiur. II. 11. in Sext.; cap. 2. de V. S. V. 11. in Clem.; Instr. S. C. C. 22. Aug. 1840. de articulis defens. vinculi matrim.; *Durantis* l. c. lib. II. part. 1. tit. de interrogationib.; part. 2. tit. de positionib. (post iuram. cal.); *Tancredus* l. c. P. II. tit. 21., P. III. tit. 3.; *Pillius* l. c. P. I. § 10. sq., P. II. § 11.; *Gratia* l. c. P. II. tit. 3.

bet. Quod si in probatione deficiat, "actore non probante reus absolvitur" (85). Multoque magis accusato propria defensio sive per se sive per advocatos non est neganda (86).

VII. Partes optimo suo iure exigunt, ne iudex cognoscat ultra petita. Quare v. g. si actor propter adulterium alterius petat de facto tantum separationem temporaneam a iudice ecclesiastico, is propter ius actoris petendi perpetuam separationem nequit ultra petita sententiam ferre.

Actoris vero illud est ius singulare, quod non condemnatur propter obiectum actionis suae. Quare a iudice ecclesiastico reiici tantum potest actio, ortumque est axioma iuris: Actor non condemnatur (87).

VIII. Denique partes ut sibi consulant, ius habent varias exigendi cautiones iudiciales (88). Et accusator quidem potest exigere a reo "cautionem iudicio sisti" (89). Reus vero ab accusatore postulare potest: 1) Cautionem pro expensis (90); 2) Cautionem de lite persequenda (91); 3) Cautionem de restituendo (92).

(85) Cap. 26. X. de sent. et re iud. II. 27.; cap. 3. X. de prob. II. 19.

(86) Instr. 11. Iun. 1880. art. 22. 23.; *Droste* l. c. p. 56.

(87) Cfr. cap. 2. § 1. X. de ord. cogn. II. 10.

(88) Cfr. Greg. XVI., Regol. giudiz. § 796.: "Lo straniero che introduce una lite o dimanda di intervenire in una lite pendente contro persone domiciliate nello Stato, dovrà, se il reo convenuto lo richiede, prestare cauzione pel pagamento delle spese, dei danni e degli interessi, ai quali potesse essere condannato. Non ha luogo questa disposizione, quando si tratta di affari di commercio". Cfr. etiam Cod. proc. civ. Ital. art. 329. sq. Delle cauzioni.

(89) § 2. Inst. de satisd. IV. 11.; Novell. 53. cap. 3.; cap. 5. §§ 6. 8. X. ut lite non cont. II. 6.; cap. 1. X. de dolo II. 14.; *Keller* l. c. §§ 47. 56. 57.; *Pillius* l. c. P. I. § 1.; *Tancredus* l. c. P. II. tit. 14. 15. 16. (de satisfactione act., de satisd. rei, de satisd. procurat. et aliarum personarum. Cfr. *Muechel* l. c. p. 68. sq., scilicet si reus suspectus sit, quod fuga sese iudicio subtrahere velit et bona immobilia non possideat, ipse reus vel eius procurator, si actor id exigat, cautionem "iudicatum solvi" praestet necesse est; atque adeo *Maranta* existimat ne propter possessionem quidem bonorum immobilium ab hac cautione praestanda esse immunem. Ceteroquin reus, qui personaliter se sistit iudicio, ab hac cautione est immunis; et quemadmodum iam iure Iustiniano soli procuratori fuit imposita, ita idem fuit observatum tempore medii aevi, ut constat ex testimonio *Pillii* l. c. p. I. § 1.; *Tancredus* l. c. p. II. § 1.

(90) Novell. 112. cap. 2.; *Durantis* l. c. lib. II. partic. I. tit. de actione § Postremo n. 5., tit. de satisfactionib.

(91) Cap. 1. de dol. II. 6. in Sext.

(92) Novell. 119. cap. 5.; cap. 6. X. de in integ. rest. I. 41.

171. Obligationes partium in foro ecclesiastico sunt:

I. Pars accusata citationi legitime factae obedire tenetur (93).

II. Mutua urbanitas est servanda. Facta igitur vel verba vel scripturae, quae causae non inserviunt et alteram partem, multoque magis iudicem, tantum offendunt, arceantur necesse est a foro ecclesiastico. Quod si partes vel earum procuratores vel advocati negligant, a iudice ecclesiastico coerceri possunt, reiectis quoque scripturis iniuriosis (94).

III. Omnia media illicita, velut corruptio testium et iudicis, falsificatio documentorum, ut per fas et nefas victoria in iudicio reportetur, ab utraque parte omnino sunt vitanda (95). Huiusmodi mediis illicitis profecto etiam adnumerandae sunt frivolae exceptiones aut dilationes dolo factae, optimoque consilio contra illam astutiam iuramentum calumniae vel malitiae statutum est, et merito petitur compensatio expensarum. Imo ab ipso iudice ex officio temere et calumniose litigantes poenis coercendi sunt (96).

IV. Partes, quamvis ordinarie etiam in foro ecclesiastico sibi positive subsidio venire non obligentur, tamen praeter editionem documentorum, ex natura rei, v. g. in processu matrimoniali, ad certa facta et argumenta indicanda et alleganda possunt teneri et a iudice ecclesiastico compelli (97).

### III. De cessatione iuris et obligationis partium standi in iudicio ecclesiastico.

172. Cessat quis esse actor vel reus in iudicio ecclesiastico, praeter finem litis, qui ordinarie (98) controversiae im-

(93) Cap. 1. X. h. t.; Instr. 11. Iun. 1880. art. 24.

(94) S. C. Episcop. et Reg. 22. Febr. 1839. in caus. Abb. Sublac.; Instr. Card. Rauscher § 143.; Editto Card. Gamberini §§ 139. sq. 268. sq.

(95) C. 41. § 9. C. II. q. 6.; cap. 9. X. de test. II. 20.

(96) Cap. 5. X. de dolo II. 14.; *Durantis* l. c. lib. II. part. III. tit. de expensis, tit. de poena temere litigantium.

(97) *Laemmer*, Institut. des k. KR. p. 430.; *Pirhing* l. c. II. 19. de probat. n. 22.; *Schmalzgr.* l. c. II. 19. n. 41. sq., num reus actori debeat exhibere instrumenta ut is intentionem suam contra reum probare possit. *Gross* l. c. I. p. 117., II. p. 197. sq.

(98) Ita uxor quae contra maritum *adulterum* ab initio petiit et obtinuit sententiam separationis temporaneae ut emendationem expectaret, non amittit *ius actionis* ad petendam postea separationem perpetuam, si seria emendatio non sit secuta, etsi *novum* adulterium maritus non admisit.



ponitur per sententiam definitivam iudicis executioni mandatum (99):

1) Per mortem (100). Mors enim omnia solvit. Minime vero inde deduci potest omnem sententiam post mortem unius ex contententibus latam irritam et invalidam esse (101); multoque minus mors partis semper impedit executionem sententiae iam ante illius mortem legitime latae, neque litem semper ipso facto finit (102).

2) Per talem mutationem status, ut generatim personam standi in iudicio absolute amittat, v. g. si incidat in amentiam et curator illi constituendus sit (103), aut saltem relative, v. g. si una pars patriae potestati alterius subiiciatur, quoniam inter patrem et filium, saltem ordinarie, processus existere non potest (104), nisi in casibus a iure exceptis (105).

(99) Cfr. L. 1. D. de re iud. XLII. 1.

(100) Cfr. Cod. IX. 6. si reus vel accus. mortuus fuerit. Qua in re illud praesertim est practici momenti, quod Ecclesia post mortem alterutrius vel utriusque coniugis introductionem causae super nullitate matrimonii non amplius admittere soleat, praesertim si impugnatio valoris matrimonii fiat ob quaestum et meros effectus civiles aut ad docendam prolem illegitimam. Cfr. cap. 5. X. qui matr. acc. IV. 18.; S. C. C. in causa Ianuen. 17. Sept. 1842.; Conc. Trid. ed. Richter p. 277. sq.; cap. 11. X. qui filii IV. 17.; Schulte, Eheprocess § 6. p. 22.; Feije, De imped. et disp. matrim. n. 584. Cfr. Vering l. c. § 116., qui advertit etiam iure Romano *actionem rei uxoriae* morte actoris competentis fuisse extinctam.

(101) Cfr. Greg. XVI., Reg. giud. § 906. Mors enim vel mutatio status non impedit prolationem sententiae, si  *Discussio* iam fuerit finita. Item minime sequitur litem per mortem unius contententis necessario esse finitam, nam forte interrumpitur tantum et suspenditur aut manet in procuratore tamquam in *domino* litis. Cfr. de morte Wetzell l. c. § 6. Item in actionibus poenalibus *ex delicto*, morte delinquentis pariter expirat actio poenalis; at actiones ad indemnitatem praestandam transeunt in haeredes delinquentis, quatenus ex haereditate ad se delata damna solvere possunt. Attamen ius haeredibus tempus concedit ad deliberandum aut ad inventarium conficiendum. Cfr. L. 22. § 11. Cod. VI. 30.; Novell. 1. cap. 1. 2.

(102) Cfr. infra § 4. de successorib. partium et cit. tit. Cod. De cessatione actionis per mortem unius ex partibus iuxta leges Romanas cfr. Arndts-Serafini § 104.; Accarias l. c. tom. II. n. 929.; Vering, Gesch. u. Pand. § 116.; Cod. proced. civ. Ital. art. 332. sq.

(103) Greg. XVI., Regol. giud. § 903. sq. At pariter etiam in hoc casu notandum per talem mutationem status litem vel instantiam aliquando **non finiri**; v. gr. si coepta causa nullitatis, vir, qui defendebat valorem matrimonii, incidat in amentiam. Cfr. Schulte, Eheprocess § 22. C. p. 82. quod curator coniugis in amentiam lapsi *agere* possit ut fiat separatio a *thoro* et *cohabitatione*, licet in causis *separationis solis* coniugibus competat ius agendi.

(104) L. 4. 11. D. De iud. V. 1.; L. 7. D. de O. et A. XLIV. 7.

(105) Quoad praecipuos casus exceptos confer: L. 4. D. de iud. V. 1.



3) Per unionem personae actoris et rei in uno ex duobus litigatoribus. Quoniam inter litigantes lis existere non potest, nisi alter sit petitor, alter possessor (106); ideo necessario quis actor vel reus esse desinit, quotiescumque mediate vel immediate personae adversariorum uniuntur in eodem subiecto, et consequenter omnis lis est dirempta et finita (107).

4) Per transactionem legitime factam (108).

5) Per renuntiationem tacitam vel expressam causae factam (109), sive mutuo consensu, sive a solo actore (110), sive a reo, dummodo causa renuntiationis (111) sit capax (112) et forma legitima servetur (113).

(scilicet quando agebatur de *peculio* castrensi vel quasi castrensi aut adventitio irregulari); L. 1. Cod. de patr. pot. VIII. 47. (scilicet si agebatur de ipsa patria potestate aut de iure subministrationis alimentorum); L. 1. § 4. D. de exhib. lib. XLIII. 30.; L. 32. 33. D. de adopt. 1. 7. (scilicet si agebatur de emancipatione); L. 19. D. de ritu nupt. XXIII. 2. (scilicet si agebatur de requirendo consensu ad nuptias); cap. 11. X. de spons. IV. 1. (scilicet de restituenda filio uxore a patre iniuste detenta).

(106) L. 62. D. de iud. V. 1.

(107) L. 4. §§ 6. 7. D. fin. reg. X. 1.

(108) Cfr. cap. 11. X. de transact. I. 36.

(109) L. 20. § 1. L. 30. D. de minorib. IV. 4.

(110) L. 4. Cod. de pact. II. 3.

(111) In causis praesertim matrimonialibus iudici ecclesiastico non solum attendendum est, utrum ius agendi partis generatim et in particulari in illa causa exstiterit, sed an etiamnum eo tempore existat et persevere, quo actio in tribunali ecclesiastico proponitur. Nam non raro ius agendi, quod exstitit in coniugibus, per tacitam vel expressam renuntiationem iampridem est sublatum. Cfr. cap. 2. 4. X. de coniug. serv. IV. 9.; cap. 21. (cum Glossa et Instr. Card. Rauscher § 116.) cap. 28. X. de spons. IV. 1.; cap. 4. X. qui matr. accus. IV. 18.; cap. 6. X. de cond. appos. IV. 5. cum Glossa et Instr. Card. Rauscher § 117.; cap. 7. X. de desponsat. imp. IV. 2.; Instr. Card. Rauscher §§ 119. 120.; cap. 1. X. de eo qui dux. IV. 7.; Instr. Card. Rauscher § 121.; Schulle, Eheprocess § 22.; Feije, De imped. et dispens. matrimon. n. 584.

(112) Schulle, Eheprocess § 6.

(113) Cfr. cap. 4. de procur. 1. 19. in Sext.; Greg. XVI., Regul. giud. § 912. sq. Cfr. quoque de renunt. Cod. proc. civ. Ital. art. 343. sq. Donellus et Wetzell apud Renaud l. c. p. 195. contendunt *reum* non obstante renuntiatione actoris *posse* exigere ut sententia feratur. Et sane etiam Gregorius l. c. renuntiationi duplicem adiecit *clausulam*, ut scilicet admittatur a iudice et non impugnatur ab altera parte. Si ergo altera pars talem renuntiationem reiiciat, et multo magis si iudex approbet rejectionem, procedendum est in causa. Renuntiatio autem admissa a iudice *aut* non impugnata ab altera parte, quae facta sit a reo vel ab actore post sententiam prolatam, aequivalet rei *iudicatae* non retractabili. Greg. XVI., Regul. giud. § 913.

Quodsi soli liti, non ipsi iuri renuntietur, sola instantia extinguatur, at ipsa controversia non est finita neque novae actioni est praeiudicatum (114).

6) Solutione rei debitae per accusatum actio et obligatio tolluntur, lis finitur neque definitiva requiritur sententia, nisi forte quoad expensas (115).

7) Praescriptione in foro ecclesiastico lites non extinguuntur ea ratione, qua instantiae perimuntur iuxta varios interpretes iuris Romani (116). Etenim cap. 20. X. de iud. II. 1. expresse declaratum est, instantiam iudicii in foro ecclesiastico per decursum triennii non perimi, ut aliqui ex L. 13. § 1. Cod. de iudic. III. 1. videntur deduxisse. Quod ius in Decretalibus constitutum per Concilium Tridentinum Sess. XXIV. cap. 20. de ref. non est abrogatum, ut sine sufficiente ratione putat *Maschat*, Instit. canon. elench. II. n. 48. et consentit *Giraldi*, Expos. iur. pont. P. I. sect. 223. P. II. sect. 151. Nam quamvis ex decreto citato Concilii Tridentini causae omnes ad forum ecclesiasticum quomodolibet pertinentes omnino saltem infra biennium a die motae litis terminandae sint, tamen nequaquam decreto adiecta fuit sanctio: alioquin instantia perimi; sed hisce verbis continuatur: "Alioquin post id spatium liberum sit partibus vel alteri illarum iudices superiores, alias tamen competentes, adire, qui causam in eo statu, quo fuerit, assumant et quamprimum terminari curent „ Quare cum Concilium Tridentinum permittat, ut biennio elapso superiores iudices adiri possint, nequit illud tempus haberi peremptorium instantiae inchoatae, sed iudicis tantum fit mutatio, si partes iure suo utantur. Quae interpretatio, ut verbis Concilii Tridentini est conformior, ita praxi quoque, quae optima est legum interpret, omnino confirmatur. Nam, ut omittam sententiam Cardinalis De Luca, caput citatum 20. Concilii Tridentini in praxi haberi ut consilium, non ut praeceptum, sane Rota Romana, cuius in rebus iudicialibus magna semper

(114) Cfr. etiam *Santi* h. t. n. 7.

(115) L. 54. D. de solut. XLVI. 3.; § 2. Inst. de perpetuis et tempor. actionibus IV. 12.

(116) Cfr. de praescriptione actionum secundum leges Romanas: *Arndts-Serafini* l. c. § 106. sq.; *Accarias* l. c. n. 925. sq.; *Vering* l. c. § 118.; secundum Cod. proced. civ. Ital. art. 338. sq.; *Wetzell* l. c. § 49. 71. de triennio isto iuris Romani et *Schulle*, Eheprocess § 6. p. 22. Item de praescriptione actionum agunt: *Schmalzgr.* II. 26. n. 116. sq.; *Lugo*, De iust. et iure disp. VII. n. 80. 97. sq.; *Muenchen* l. c. I. p. 328. sq. et de praescriptione exceptionum p. 333. ac de praescriptione in iure criminali p. 415.

fuit auctoritas, secuta est sententiam etiam post Concilium Tridentinum instantiam in foro ecclesiastico esse perpetuam. Porro gratiae forte a Sede Apostolica concessae propter litis pendentiam non censetur irritae, si triginta anni ab initio litis nondum sint elapsi neque obtineat unus ex duobus casibus infra adducendis. Quodsi instantiae in foro ecclesiastico merito dicuntur perpetuae, id non est intelligendum de absoluta quadam perpetuitate; nam perpetuitas illa ordinarie triginta annos non excedit (117), quibus elapsis instantia censetur perempta, imo iam antea, si accedat sententia, quae litem desertam esse declaret, vel si elapsum sit decennium simulque indubie constet de malo iure eius, qui litem instituit, ut constat ex decisionibus Rotae Romanae relatis a *Giraldi* l. c. sect. 223. (118).

## § 2. DE CONSORTIBUS LITIS IN IUDICIO ECCLESIASTICO

173. Licet in omni controversia iudiciali duae omnino requirantur partes principales, scilicet actor et reus, neque plures existere possint, tamen fieri potest, ut plures personae sub una vel utraque parte comprehendantur ex eadem causa (119).

Quae cumulatio actionum dicitur *subiectiva*, ut distinguatur ab *objectiva*, qua idem cum eodem pluribus actionibus agit (120). Porro litis consortium est *activum*, si plures legitimi actores libere (121) conveniunt, ut communi consilio

(117) Cfr. L. 3. (Theodos. II. a. 424.) Cod. VII. 39.; c. 17. Conc. Chalced. (a. 451.), ubi actio non amplius admittitur circa fines territorii, si Episcopus per 30. annos aliquam parochiam tamquam ad suam dioecesim pertinentem administravit. Ergo Ecclesia adoptavit legem Romanam seu l. 1. Cod. Theodos. de actionibus certo tempore finiendis (= L. 3. Cod. Inst. de praescript. 30. annor.), prius in Oriente et deinde per Novellam Valentiniani III. etiam in Occidente promulgatam. Legem autem hanc paucis annis post Concilium Chalcedonense citato canone adoptavit. Cfr. *Bartholi* l. c. cap. 44. n. 3.

(118) Cfr. quoque *Santi* h. t. n. 5. sq.; *Schmalzgr.* h. t. n. 79. sq.; lib. II. tit. 26. de praescriptionibus n. 116. sq.; *Pirhing* h. t. n. 124. sq.

(119) Cap. 72. X. de appell. II. 28.; Greg. XVI., Regol. giud. §§ 433. 440. 441. 1498.; *Muenchen* l. c. I. p. 305. sq.

(120) L. 11. pr. D. de iurisd. II. 1.; cap. 43. X. de rescr. I. 3.; cap. 3. eod. in Sext.

(121) *Libere*, idest non potest a *reo* per exceptionem plurium litis consortium extorqueri (L. 1. cit. Cod.), licet agatur de indivisibili obligatione cum pluribus interesse habentibus et praesertim de obligatione in faciendo Cfr. *Renaud* p. 146. cum not. 19. sq.

reum vel reos persequantur in iudicio (122); *passivum* vero dicitur, cum plures rei sive obligati, v. g. complures haeredes qui in litem succedunt, una actione impetuntur. Quod consortium passivum pariter a reo convento postulari nequit (123) per exceptionem consortium litis, nisi in casibus a iure exceptis (124).

174. Quodsi consortium litis activum vel passivum non facile postulari possit, censendum tamen est libere a iure permissum esse etiam quoad passivam cumulationem actionum, si idem tribunal in omnes reos competens est, neque a consensu quodam rei sive reorum pendere, saltem si causae existat connexio, quoniam in iure communi nulla reperitur prohibitio consortii litis neque illius consensus necessitas est praescripta (125).

Postquam litis consortium (126) legitime initum est, ius est consortibus sibi communem deputandi procuratorem, licet unius litis plurium personarum plures dari procuratores non sit prohibitum (127), nisi in casibus a iure exceptis, quibus unus procurator a consortibus constitui debet, velut

(122) L. 1. 2. Cod. de consort. III. 40.; L. 4. § 3. L. 19. D. si servit. VIII. 5.; L. 72. pr. D. de V. O. XLV. 1.

(123) L. 192. pr. D. de R. I. L. 17.; L. 85. § 2. D. de V. O. XLV. 1.

(124) L. 1. 2. D. de quib. reb. ad eund. iudic. XI. 2.; Novell. 99. cap. 1. § 1.; Greg. XVI., Regol. giud. §§ cit.

(125) Cfr. L. 31. 44. pr. D. de iud. V. 1.; L. 59. § 3. D. mandati XVII. 1.; Novell. 99. cap. 1. § 1.; L. 4. § 5. D. fin. reg. X. 1.; L. 22. § 2. D. de lib. caus. XL. 12.; L. 8. § 1. 2. L. 9. pr. § 1. D. eod. Cum in causis matrimonialibus, quibus de valore matrimonii disceptatur, ius agendi, nisi agatur de casibus a iure exceptis, competat omnibus fidelibus (cfr. Instr. Card. Rauscher § 115.), itemque uterque forte coniux nullitatis declarationem postulet, species quaedam litis consortii activi existere potest; at licet inter defensorem vinculi matrimonii ex officio constitutum et coniugem, qui vinculum matrimonii sustinet, vera quaedam unio existat et desiderandum sit, ut mutua concordia procedant, tamen litis consortium ex *contractu* libere initum minime habetur. Nam defensor matrimonii publicus ex officio et *iuris dispositione* procedit independentem a consensu vel consensu coniugis sustententis vinculum matrimonii neque pari conditione sunt consortes litis. Item dicendum, si forte a promotore fiscali ex officio matrimonii valor esset impugnandus. Cfr. Instr. Card. Rauscher § 122.; Schulte, Eheprocess § 21.

(126) Per litis consortium oritur « *societas litis* », quae sane non est persona iuridica sive *corporatio sensu stricto*, ut recte tenet *Renaud* contra alios; at quum auctor iste negat eam esse « *communione* » vel « *societatem* » secundum ius civile, videtur instituere litem de vocibus.

(127) L. 31. § 1. D. de procur. III. 3.



iuxta L. 5. § 7. D. iud. solvi XLVI. 7. (128). Imo commune negotium post litem legitime ordinatam etiam quibusdam absentibus in solidum agi sine mandato potest, si praesentes cavere parati sint dominum rem ratam habiturum, vel, si quid ab his petitur, iudicatum solvi satisfactione firmaverint (129). Denique litis consortium est privilegium, ut, una sententia pluribus condemnatis (130), si unus solus ad appellationis beneficium convolverit, illius victoria iure communi ceteris suffragetur, si communi iure iuventur, idemque negotium et eadem causa defensionis existat (131).

§ 3. DE PARTIBUS SIVE LITIGATORIBUS ACCESSORIIS  
IN IUDICIO ECCLESIASTICO.

175. Quodsi in omni iudicio essentialiter duae requiruntur partes principales, quae sibi opponantur tanquam actor et reus, tamen forte tertiae quoque personae multum interest, ut actor repellatur vel reus condemnetur (132).

(128) Quare obligatio constituendi *unum* procuratorem generaliter non existit, nisi in casu excepto leg. 5. cit., ex qua merito id postulat actor, si *complures* haeredes **rei** in locum illius succedunt. Wetzell l. c. p. 79. not. 2. videtur tanquam casus exceptos addere L. 48. D. Famil. ercisc. X. 2.; L. 31. § 5. D. de aedilit. edicto XXI. 1.; at *Renaud* p. 148. existimat has leges huc non spectare. Inter casus exceptos iure merito ille recensetur, quod *iudex* ex officio deputationem unius procuratoris praescribere possit, ut concedit *Renaud* l. c. Multo magis id dicendum, si iure particulari id generaliter sit *consortibus praescriptum*, uti v. gr. in Bavaria; at partibus praescriptum sit ut in omnibus omnino causis per *procuratores* agere debeant. Cfr. Editto Card. Gamberini § 246.

(129) Cap. 3. de procurat. l. 10. in Clem. (ubi dicitur: « Religiosus procurator, etsi per alium religiosum sui vel alterius monasterii fuerit constitutus, sicut non potest sine sui superioris licentia procurationis officium *suscipere*, nisi pro suo in *eadem lite consorte*, ita non potest alium procuratorem constituere seu substituere, etiamsi per constituentem hoc sibi expresse fuerit commissum ») et L. 2. Cod. de consort. III. 40.; at quod hac lege statutum est, id iure particulari interdum est omnino sublatum aut restrictum ad casum, ubi periculum est in mora.

(130) Quod cap. 72. X. de appellat. II. 28. asseritur de *condemnatis consortibus*, ob paritatem rationis videtur extendendum ad *actores consortes*, si unus vincat in appellatorio. — Quoad expensas speciale quid non est addendum: ordinarie enim *pro rata* solvendae sunt a consortibus litis.

(131) Cap. 72. X. de appell. II. 28.; L. 10. pr. et § 4. D. de appell. XLIX. 1.; L. 1. 2. Cod. si unus VII. 68. Cfr. Acta S. Sed. vol. I. p. 100., de adeundo tribunali ecclesiastico, si inter complures reos unus reperiat clericus.

(132) L. 4. §§ 2. 4. D. de appell. XLIX. 1.; L. 2. § 1. D. quando app. XLIX. 4.; L. 1. pr. D. de appell. rec. XLIX. 5.; L. 63. D. de re iud. XLII. 1.; cap. 2. ut lit. pend. II. 8. in Sext.; Gregor. XVI., Regol. giud. § 852. 978. 1046;



Cuius rei non pauca existunt exempla, velut si haeres ab intestato impugnet valorem testamenti in alterius favorem facti. Quo in casu illius, qui ex testamenti dispositione legatum percipere debet, multum interest, ut testamenti valor sustineatur (133).

Cum his in casibus sententia lata inter partes principales ordinarie (134) ius quoque constituat pro tertiis personis, quarum interest, illae optimo sane iure petere possunt, ut actori sua actione vel reo defensione sua assistant (135).

176. Quae petitio tertiae personae dicitur *interventio* (136) et *voluntaria* quidem est, si sponte proponitur penes iudicem; *necessaria* dicitur, si tertia illa persona intervenit in causa, quia vocatur a iudice ex officio vel ad instantiam unius ex partibus; aut quia vocatur a reo convento in iudicio principali, ut praestet securitatem et liberationem a molestiis (litis denuntiatio). Denique *principalis* (137) appellatur *interventio*, si tertia persona de obiecto in causa principali inter actorem et reum controverso ius sibi vindicat et contra utramque partem litem intendit aut saltem contra illam, quae ipsi cedere nolit (138); *accessoria* est *interventio*, qua tertia persona, cuius interest, ut una ex partibus principalibus vincat, neutra exclusa, uni sive actione sive defensione sua assistit.

177. Quodsi quis principalis sit interventor, ut priorem actorem plane excludat et in se transferat litem (139), admis-

Cod. proc. civ. Ital. art. 193. sq. Della garanzia; art. 510. sq. Dell'opposizione del terzo; *Muenchen* l. c. I. p. 315. sq.

(133) Cfr. L. 29. pr. D. de inoff. test. V. 2.; Novell. 112. cap. 1.; cap. 2. de procur. I. 19. in Sext.; L. 69. D. de procur. III. 3.; L. 5. pr. D. de app. XLIX. 1.; L. 4. § 3. D. de appell. eod.

(134) *Ordinarie* i. e. nisi speciales rationes, veluti *collusio*, *contumacia*, *culpa* obstant.

(135) Cfr. cap. 30. X. de testib. II. 20. quod, ad instantiam tertii intervenientis, depositiones testium inter litigatores principales non sint necessario publicandae. *Pirhing* l. c. I. 20. sect. 5. Cfr. etiam c. 17. X. de sent. etc. II. 27. et *Pirhing* h. t. n. 111. sq.

(136) Post litem contestatam non iam potest peti *litis consortium*, sed tantum *interventio*. *Muenchen* l. c. I. p. 315.

(137) Alio modo interventionem principalem intelligit *Hinschius* l. c. I. p. 315., scilicet si *duo* iura distincta in eandem rem habeant, v. gr. alter ius dominii, alter vero usumfructum. Unusquisque habet ius distinctum etiam agendi, *utiliter* tamen simul iunguntur. Cfr. L. 9. pr. D. de liberali causa XL. 12. Si alteri talis lis denuntiatur, is non *debet* necessario unire suam actionem alteri, licet id *possit*.

(138) Cap. 17. X. de sent. II. 27.

(139) L. 34. (35.) D. solut. matrim. XXIV. 3.; cap. 38. X. de testib. II. 20.; cap. 17. X. de sent. et re iud. II. 27.

sio principalis interventionis a iudice competente, praevia summaria cognitione, per sententiam interlocutoriam est discernenda (140). Qui iudex competens est is, penes quem causa a primo actore fuit introducta, vel ad cuius tribunal per appellationem iam delata est (141). At cum interventio illa principalis non sit praescripta, actor secundus per distinctam actionem in tribunali alias competenti ius suum proseguire potest; sibi vero tribuere debet incommodo, si sententia inter alios data ipsi obest, cum de ea re, cuius actio vel defensio primum sibi competit, sciens alium agere patitur (142). Maxime vero ei, cuius interest, proprium et independens est ius interponendi et proseguendi appellationem (143).

178. Interventio voluntaria et accessoria a iudice admitti nequit, nisi summam cognoscatur et probetur ius interveniendi in causa (144). Qua probatione facta et partibus intimata, licet is, cuius interest, merito petat, ut in omni parte processus admittatur, tamen in illo statu tantum, in quo litem invenerit, est admittendus (145). Quae admissio efficit, ut causae adesse (146), imo etiam causam agere possit (147), praesertim si sit suspicio collusionis (148).

(140) Cap. 38. cit. cum Glossa.

(141) Cap. 38. cit.

(142) L. 63. D. de re iud. XLII. 1.; *De Angelis* l. c. h. t. n. 52.

(143) L. 5. §§ 3. 4. D. de appell. XLIX. 1.; L. 3. pr. D. de trans. II. 15.; L. 29. pr. D. de inoffic. test. V. 2. Imo potest etiam *prosequi* causam, si fuerit a parte principali derelicta. Et in appellatorio, saltem ex iure Romano, *novis* adductis motivis suam causam iuvare potest; nam haec facultas omni appellanti fuerat concessa, nec interveniens legitur exclusus in iure.

(144) Greg. XVI., Regolam. giud. § 854.

(145) Cap. 2. ut lite pendent. II. 8. in Sext.; Gregor. XVI., Regol. giud. §§ 853. 854. 978. 1046. At inde non excluduntur *exceptiones dilatoriae*, quae certo tempori non sint alligatae, velut exceptio iudicis inhabilis aut suspecti; at iudex ut incompetens declinari amplius non potest, quia ubi causa coepta est, ibi est finienda. Cfr. *Wetzell* l. c. p. 50.; *De Angelis* h. t. n. 56. qui citat L. 49. D. de iudic. V. 1.

(146) L. 69. D. de proc. III. 3.; L. 29. pr. D. de inoff. test. V. 2.; L. 1. Cod. de peric. et commod. IV. 48.

(147) Potest igitur tum causae adesse, idest actori vel reo assistere consilio et cum eorum consensu agere vel defendere, tum etiam causam agere, idest per se et independentem a parte, cui se adiunxit, procedere. At *agere* causam tantum potest, si etiam actor illam actionem ponere potuisset. Ideo non potest petere *restitutionem* in integrum propter minorem actam aut ignorantiam de initio processus, soli intervenienti proprias. Praeterea « actio » illa intervenientis non debet esse *noxia* interventio, idest actori, sicut vicissim is suis actionibus iudicialibus non debet *nocere* intervenienti.

(148) L. 14. pr. D. de appell. XLIX. 1.; cap. 38. X. de test. II. 20.

179. Inter accessorias interventiones praesertim commemoranda est "litis denuntiatio" (149). Quae consistit in notificatione partis principalis (rei conventi) tertiae personae facta de lite contra se intentata et cum requisitione sibi per interventionem subveniendi (150). Quae interventio est necessaria

(149) Ad melius intelligendam naturam huius denuntiationis litis iu-  
verit hic pauca addere. Litis denuntiatio, quam saepe varii codices (cfr. ad ex. Codicem parmensensem, secundum Codicem sardum, Codicem italicum etc.) et auctores (cfr. *Mattirolo*, Tratt. di diritto giud. civ. ital. III. 585. sq.; *Mortara*, Manuale della proced. civ. I. 355. sq.) etiam vocant "chiamata in garanzia", finem habet relevantiam (sive totalem sive partialem) rei conventi a consequentiis petitionis actoris. Ea probe distinguitur ab interventione, de qua proxime superius locuti sumus. Sunt enim haec duo instituta iuridica seu processualia quae essentialiter differunt, cum interventio, ut sequitur ex dictis, fundamentum habeat in eo quod tertii interest seu in eius *interesse*: denuntiatio autem in *obligatione* quae tertio cuidam incumbit relate ad obiectum controversiae, quae inter actorem et reum conventum vertitur. Ex quo proxime sequitur interventionem id unum *per se* et *generaliter* efficere ut tertius in lite addatur contradictor; denuntiationem vero originem praebere petitioni iudiciali, quae, quamvis strictissime cum principali sit connexa, potest tamen independentem ab ea evolvi.

(150) Haec denuntiatio litis, cuius naturam varii codices varie aestimarunt, eam sive *exceptionibus dilatoriis* equiparantes (cfr. Greg. XVI., Reg. giud. § 855.; Cod. Germ. § 72.; Cod. Austr. § 21.), sive habentes tamquam *institutum processuale independentem* (cfr. mult. Cod. antiquiores et Cod. Ital. a. 193. sq.) definiri potest: Notificatio partis principalis (rei conventi) tertiae personae facta de lite contra se intentatae cum requisitione sibi per interventionem subveniendi. Quare optime notat *Renaud* l. c. § 48. p. 114. denuntiationem non solum *notificatoriam*, sed *requisitoriam* esse debere.

Cum autem fideiussor quis esse possit tum actionis personalis tum actionis realis, hinc duplex fideiussionis species distinguitur, simplex scilicet et formalis. Haec consistit in obligatione, quam quis contraxit erga eum, cui rei alicuius aut iuris cessionem fecit, assumendi eius defensionem, quoties periculum sit ne eius evictionem patiatur; illa est obligatio reddendi indemnem eum, qui ad iudicium adductus nequit sese exinde liberare ratione personalis obligationis qua tenetur. Patet autem hanc obligationem reddendi indemnem eum, pro quo quis fideiussit, etiam in fideiussione formali locum habere.

Ex dictis patet in fideiussione simplici, eum, pro quo alter fideiussit, cum personaliter obligatus sit erga actorem, non posse a sua obligatione se subtrahere et consequenter non posse iudicium relinquere; in formali vero fideiussione id facere posse, cum nulla ipse ligetur personali obligatione erga actorem.

Hinc fideiussio formalis locum habet quoties agatur de defendendo eo, pro quo quis fideiussit, in possessione rei aut exercitio iuris, quod praesertim verificatur in venditione et emptione et generatim in rebus realibus et hypothecis. *Mattirolo* l. c. III. 586. sq.

saltem in litibus, quae oriuntur ex contractu emptionis et venditionis (151); sed ut efficax sit, iusto tempore fiat necesse est (152). Praeterea sufficit ut saltem probari in iudicio possit, nisi legibus particularibus specialis quaedam forma sit praescripta (153).

Tum in fideiussione formali tum in simplici, is pro quo quis fideiussit, contra fideiussorem duplici ratione agere potest, scilicet vel contra eum in distincta sede iudicii actionem experiendo secundum ordinarias leges competentiae et processus (hinc recte *Renaud* l. c. § 48. p. 114. notat *necessitatem* vel *obligationem* denuntiationis non esse absolutam et sub poena amissionis iuris regressus); vel eum advocando in causam, in qua ipse tamquam principalis pars reperitur. De hoc secundo modo hic agimus.

(151) Gregor. XVI., Regolam. giud. § 864.; L. 53. § 1. D. de evict. XXI. 2.

(152) Denuntiatio litis iusto tempore fiat necesse est, ne adversa pars damnum e mora patiatur, quod varii codices suis dispositionibus varie determinarunt. Iure Romano (L. 29 § 3. D. de legatis XXXII.) dicitur fieri debere „priusquam iudicium accipiatur „; et si aliter factum fuerit, opponi posse *doli mali exceptionem* (L. nuper cit.; L. 49. 53. § 1. D. de evict. XXI. 2.; L. 1. Cod. de peric. IV. 48.; L. 8. Cod. de evict. VIII. 45.). Quae doli mali exceptio elidi tantum potest per probationem venditorem denunciandi necessitati renuntiassae, aut denuntiationi sese subduxisse, aut absentem fuisse, aut eius interventionem fuisse inutilem quoad exitum litis. L. 63. pr. D. de evict. XXI. 2.; L. 8. 9. Cod. eod. VIII. 45. Porro verba illa „priusquam iudicium accipiatur „, ut dicit *Wetzel* l. c. p. 52, exprimunt „regulam „, ut scilicet fiat *ante* litem contestatam; at putat ex L. 29. § 2. D. de eviction. XXI. 2. sequi, etiam *post* litem contestatam fieri posse, dummodo plena participatio denunciati sit possibilis. — In iure Italico statutum est, ut fiat intra terminum ad respondendum statutum (cfr. Cod. proc. civ. a. 193), quamvis permissum sit ut utiliter proponi possit usque ad conclusionem instructionis causae (*Mattiolo* l. c. III. 598.), hoc tamen inducto discrimine ut in priori casu denuntiatio suspendat cursum causae principalis usque ad terminum temporis fideiussori statutum ad comparandum, in altero autem suspensio non habeat locum. Quare in hoc casu principalis causa continuanda est sine interruptione, eaque absoluta et per sententiam definita, causa fideiussionis continuabitur, ante eundem iudicem aditum pro causa principali, ratione connexionis causae. *Mortara* l. c. n. 358.

Terminus iste statutus est **non** in favorem fideiussoris, sed exclusive in favorem partis, quae pugnat cum eo, pro quo alter fideiussit; quare fideiussor nequit, ex eo quod serius citatus fuerit, aut renuere accessum ad iudicium aut sese opponere suspensioni causae principalis. *Mattiolo* l. c. III. 599. Cfr. Cod. proc. civ. Austr. § 21. alin. 3.

Denuntiatio litis pertractanda est ad modum causarum incidentium (Cod. proc. civ. Ital. a. 199.), et si non possit cognosci una simul cum causa principali, huius cursum retardare nequit; hoc enim vergeret in damnum partis adversae et fraudibus aperiret aditum.

(153) Iure quidem Romano specialis forma pro denuntiatione non fuit praescripta, licet forte ordinaria forma fieret per constitutionem „procuratoris in rem suam „ (cfr. L. 49. pr. D. de iud. V. 1.; L. 62. § 2. D. de eviction. XXI. 2.; L. 20. Cod. eod. VIII. 45.); hinc fieri potuit etiam extra iudicium



180. Denique a foro ecclesiastico neque illa interventio necessaria videtur exclusa, quae habetur cum iudex, ad instantiam unius ex partibus vel ex officio, tertiam personam arctatoria citatione (adcitatione) vocet ad interventionem, si probetur actionem principalem illi esse communem (154).

#### § 4. DE SUCCESSORIBUS PARTIUM IN IUDICIO ECCLESIASTICO

181. In personam sive actoris sive rei standi in iudicio ecclesiastico tertia quaedam persona in primis succedere potest vi successionis universalis (155).

Qua ratione haeredes per mortem unius ex partibus in illius personam succedunt (156). Inde orta est regula: "Actiones haeredi et in haeremdem competunt „ (157); at actiones quae

et sine interventu iudicis inter solas partes. At quoniam res probanda erat, ideo in iure Romano pro variis denuntiationibus commendatur ut fiat coram testibus aut detur ad protocollum coram magistratu, qui ius actorum conficiendorum habet. Cfr. L. 1. C. ut causae post pubertatem V. 48. Qui scopus certae probationis ut obtineatur, ideo nostra aetate saepe a iudice competenti in causa principali petitur ut per decretum requirat denuntiationem ad interveniendum in iudicio. Codex autem proc. civ. Austr. § 21. 25. insinuat ut notificatio fiat scripto, cuius intimatio facienda est ex praescripto Praesidis. Cfr. Greg. XVI. Regol. giud. § 860. sq.

(154) Novell. 99; Gregorii XVI., Reg. giud. § 855. sq. Quae in Greg. XVI. Regol. giudiz. statuuntur de clericis non cogendis ad interveniendum per iudicem laicum (§§ 857.-862.), nostra aetate, ob forum ecclesiasticum exemptum non raro *sublatum*, non sunt *practici* momenti; praeterea nos versamur in processu *canonico*, in quo sane iudex competens est ad *clericum adcitandum*.

(155) Successio, si oritur ex titulo universali, dicitur universalis; si ex titulo singulari, singularis vocatur. Ita v. g. haeres est successor *universalis* defuncti, quia haereditaria successio est successio ex titulo universali, neque restringitur ad unum *negotium*, sed omnia *negotia*, bona, iura et obligationes defuncti comprehendit, nisi successio ex *natura* rei vel *lege* sit exclusa. Ita v. gr. haeres non succedit in *poenam* delicti, aut in iura *mariti* aut in *officium* quod non haereditate, sed v. gr. *collatione*, *concursu* obtinetur. Successio vero singularis oritur ex singulari titulo, neque ad alia negotia extendi potest. Ita v. gr. vi *contractus emptionis* alicuius domus, emptor est successor venditoris, at tantum singularis quoad hanc *domum*, non in aliis rebus atque negotiis. Cfr. *Arndts* l. c. § 56.

(156) L. 8. § 1. D. de fideiuss. XXVII. 7.; L. 2. pr. § 1. D. quae sent. XLIX. 8.; L. 74. § 2. D. de iud. V. 1.; *Arndts-Serafini* l. c. § 104.; *Accarias* l. c. tom. II. n. 929.; *Vering*, *Gesch. u. Pand.* § 116.; *Wetzell* l. c. § 6.; *Renard* l. c. §§ 50.-51. Cfr. de successione hac in partes rei defuncti, contra quem obtentum fuerat rescriptum iustitiae, *Pirhing* l. c. I. 3. n. 25.

(157) Inst. de perp. et temp. action. IV. 12.



vindictam spirant, in haeredem actoris non transeunt (158), neque poenalibus actionibus ex delicto haeredes rei tenentur nec ceteri successores, cum poenis affici non possint (159); sed ad damna resarcienda tantum iuxta facultates haereditate acquisitas, non iuxta suas, obligantur etiam ex iure canonico (160).

Verum ut translatio iudicii in haeredes fiat, requiritur reassumptio litis ab haeredibus in forma legitima facta (161).

Quodsi pars, quae mortua est (vel statum mutavit), procuratorem reliquit (praesertim cum clausula haeredum), is iuxta cit. § Gregor. XVI. Regolam. ut dominus litis consideratur, imo mors partis vel status mutatio non impedit, quominus per sententiam controversia definiatur, si discussio iam fuerit finita; alias iudicium manet suspensum usque ad reassumptionem litis per haeredem (vel curatorem) (162).

182. Praeterea per successionem singularem quis in personam actoris vel rei succedere potest. Et ita iudicium transferri potest ipso iure, si litigium una cum alia re in novum subiectum transit (163).

Porro actor per mandatum tanquam procuratorem (164)

(158) § 1. Inst. l. c.; L. 2. § 4. D. de collat. XXXVII. 6.

(159) L. 1. pr. D. de priv. delict. XLVII. 1.

(160) L. 38. 44. 127. D. de R. I. L. 17.; L. 35. pr. D. de O. et A. XLIV. 7.; cap. 5. X. de rapt. V. 17.; cap. XI. X. de usur. V. 19.; cap. 28. X. de sent. exc. V. 39.; cap. 14. X. de sepult. III. 28. *Arndts* § 164. non admittit sententiam *Vering* § 116., iuxta ius canonicum (cap. 5. X. de rapt. V. 17.) requiri, ut ex suis facultatibus haeredes satisfaciant plene (non tantum ex bonis haereditate perceptis); licet *Vering* concedat *praxim* ita interpretatam esse hanc dispositionem, ut eos obligaverit tantummodo iuxta facultates haereditatis. At § 104. not. 2. *Arndts* idem asserit ac *Vering*.

(161) L. 4. Cod. de in lit. iur. V. 53.; L. 15. D. de noxal. act. IX. 4.; L. 31. D. de iud. V. 1.; Gregorii XVI, Regol. giud. § 903. sq.

(162) Haeres reassumit litem eo in statu, quo eam invenit mortis tempore atque contra terminos non servatos, qui defuncto fuerant constituti, ut patet, restituendus est. Cfr. *Renaud* § 191. Imo etiam ex lege prorogatione termini gaudet. Cfr. L. 6. C. si pend. appell. VII. 66., secundum quam si appellans intra tempus introductionis moritur, haeredes praeter reliquum tempus *quatuor* menses habent. Quae dispositio singularis ad alios casus extendi nequit.

(163) Cap. 11. X. de iudic. II. 1.; L. 31. § 7. D. de neg. III. 5.; L. 4. § 5. fin. reg. X. 1.; L. pr. 7. D. de public. (XXXIX. 4.)

(164) L. 2. § 5. D. famil. erc. X. 2.; L. 34. 55. D. de procur. III. 3.; L. 13. § 1. D. de pact. II. 14.; L. 24. pr. D. de minor IV. 4.; *Durantis* l. c. lib. II. part. 1. tit. de cessione actionis (cum Additionib. Ioann. Andr. et Baldi).

in rem suam potest constituere cessionarium (165) et reus forte invenit defensorem, qui, praestita cautione iudicatum solvi et in actionibus realibus insuper cautione de rato, personam rei in iudicio sustinet (166).

## TITULUS VII.

### DE PROMOTORE IUSTITIAE ET DEFENSORE PUBLICO

(*Lib. 1. tit. 1. de iudiciis continuatur*).

**183. Fontes :** In iure Rom de hac materia leges silent, neque proprii reperiuntur tituli, nisi secundum similitudinem nominum veluti D. III. 3. de procuratoribus et defensoribus, D. I. 19. de officio procuratoris Caesaris, Cod. XI. 72. de procuratoribus.... praedior. fiscal. dom. Aug., D. III. 1. et Cod. II. 6. de postulando, 9. de advocatis fisci, Cod. I. 55. de defensoribus civitatum (1).

**Scriptores :** Cum apud Romanos officium illud promotoris iustitiae non reperiatur, sed originem suam repetat maxime ex antiquo et novo iure Galliae, de huiusmodi - ministerio publico - (ministère public, publico ministero, director of public prosecutions, Staatsanwaltschaft), quatenus in foro saeculari est receptum, praesertim scriptores gallici et recentiores consulendi sunt, velut : *Prévot*, De la manière de poursuivre le crime.... 1730.; *Faustin Hélie*, Traité de l' instr. crim. vol. I. § 74.; *Bageux*, Recherches sur les origines du ministère public; *La Francesca*, Del pubblico ministero nell'ordine giudiziale, Napoli 1872.; *Elliot*, Criminal procedure in England and Scotland 1878.; *Zachariae*, *Renaud* l. c. § 21.

Pro foro ecclesiastico consuli possunt : *Leuren*, Forum eccles. tom. II. q. 890. n. 7.; *Ferrari*, Summa inst. can. tom. II. n. 761.; *Bonix*, De iudiciis eccles. I. p. 470. sq.; *Droste* l. c. p. 47. sq.

### Praenotiones.

**184. Connexio materiae.** Postquam titulo praecedenti explicatum est, quis nomine proprio et privato agere vel conve-

(165) L. 3. § 5. D. de in rem. XV. 3.; L. 1. § 16. D. si quadr. IX. 1.

(166) L. 29. 40. § 2.; L. 42. § 2. D. de proc. III. 3.; L. 4. pr. D. de re iud. XLII. 1.; L. 66. § 2. D. de eviet. XXI. 2.; L. 23. D. de sol. XLVI. 3.; *Arndts-Serafini* l. c. §§ 112. 254. sq.

(1) *Bened. XIII. Chirograph. 12. Iunii 1724.*; *Conc. Rom. (a. 1725.)* in *Collect. Lac.* I. p. 365. sq.; *Instr. S. C. Ep. et Reg. 11. Iunii 1880.* praesertim art. 13.; *Instr. Colon. 26. Dec. 1848.* §§ 6. 7.; *Concil. Vallisolet. a. 1887.* p. 148.; *Decreta S. C. Ep. et Reg. relat in Anal. iur. pont. XI. p. 343. sq.*; *Benedict. XIV. Const. "Dei miseratione" 3. Nov. 1741.*; *"Si datam" 4. Mart. 1748.*; *Instr. S. C. C. 22. Aug. 1840.*; *Instr. S. C. C. 1838. (Sentis l. c. p. 41. sq.)*; *Collect. Lat. I. 358.* Cfr. de promotore fiscali in foro saec.: *Cod. proced. civ. Gall. art. 83. 114. 184. 191. 202. 251. sq.*; *Cod. proced. civ. Ital. art. 116. sq. art. 783. sq.*; *Ger.-Verf.-Ges. Germ. tit. X. § 142. sq.*, *Civ.-Proc.-Ordn. Germ. § 569. sq.*; *Str.-Proc.-Ordn. Austr. § 29. sq.*; *Prosecut. of offences Act. 1879.* in *Angl.*

niri posset in iudicio ecclesiastico, iam eae personae indicandae sunt, quae ex officio sive ex mandato publicae auctoritatis, etiam independenter a partibus privatis, actores aut defensores existunt. Huc spectat disputatio de promotore iustitiae (2) et defensore publico, de quibus novus titulus cum propria rubrica hoc loco videtur esse proponendus, cum in iure Decretalium non solum non reperiatur, sed etiam in capitibus aliorum titulorum de hac materia sit altum silentium (3). Praeterea ipso ordine titulorum insinuandum esse videtur, partibus aequiparandos (4) esse promotores iustitiae et defensores publicos etiam in iudicio ecclesiastico.

**185. Definitiones.** Promotor iustitiae in foro ecclesiastico, si vis verborum consideretur, dicitur procurator ab auctoritate ecclesiastica legitime constitutus, qui iura Ecclesiae tam in personis quam in rebus, sive agendo sive respondendo, in tribunalibus tuetur (5); at sensu stricto est persona ab auctori-

(2) Si enim ius novum de aliqua materia constitutum est, novi etiam tituli sunt inserendi, praesertim quum agitur de re practici momenti, ut est nostra aetate materia haec praesens de promotore iustitiae et defensore publico. Et in hoc faciendo sequimur exemplum veterum. Nam v. gr. *Durantis*, Specul. lib. II. part. 1. addidit titulum De actione seu positione, et Ioannes Andreae in nota approbavit insertionem novae illius rubricae his verbis: "Sciendum quod nullus ex practicis auctoribus vel aliis posuit hanc rubricam generalem. Sed rubricae materiam dixerunt sub tractatu libellorum, sub quo dicebant inter alia petitionem et eius causam debere exprimi libello.... De hac autem nova rubrica et eius situatione tripliciter auctorem excuso. Primo quia sine hac rubrica congrue prosequi non poterat inferiora, et ex eadem congruitate posuit infra, rubrica 8, parvum morsellum de oblatione libelli; secundo theoricam petitionum seu libellorum voluit a practica segregare, nimiam enim prolixitatem induxissent unitae; tertio quia rubrica de libel. quae totam quartam partem respicit, subtrahi non debuit illi parti ».

(3) Antiquitus potius procurator seu promotor *fiscalis* dictus est seu *promotor fisci*. In recentioribus documentis (cfr. Lex propriae Rotae can. 4.) dicitur potius *promotor iustitiae*.

(4) Promotor iustitiae succedit in locum *accusatoris, famae communis, denunciatoris*, atque ex officio haec sustinet; non succedit in locum *iudicis cognoscentis*, imo ne in locum quidem iudicis *inquirentis* ex officio. Nam cum *Durantis* distinguenda est *pura* procedura inquisitionis ex officio facta et procedura inquisitionis cum aliquo promovente inquisitionem, quae sit ex officio ab ipso iudice. Promotor iustitiae tenet partes *promoventis inquisitionem*, non iudicis. — Huc referri forte potest illud, quod dicit *Droste* l. c. p. 148., quod iudex relator et procurator generalis fisci in causis criminalibus disceptatis iam coram S. C. Episc. et Reg. non haberent votum decisivum, "weil sie nur Huelfbeamte sind ».

(5) *Bouix* l. c. l. p. 472.

tate ecclesiastica legitime constituta, quae in tribunalibus ecclesiasticis officium accusatoris publici nomine proprio exercet, praesertim in causis criminalibus (6). Defensor vero publicus dicitur persona ab auctoritate ecclesiastica legitime constituta, quae in tribunalibus ecclesiasticis ex officio, sive nomine proprio, in causis etiam contentiosis iure ecclesiastico determinatis partes accusati sustinet (7).

**186. Divisiones.** Promotores iustitiae alii sunt promotores iustitiae in causis criminalibus, qui etiam simpliciter promotores iustitiae dicuntur, alii sunt promotores iustitiae in causis contentiosis, inter quos recensendus est is, cui forte ex officio procedendum est contra certa matrimonia propter impedimenta iuris publici (Instr. Card. Rauscher § 122.), quique pro diversitate regionum interdum vocatur fiscalis S. Sedis (8). Praeterea sunt promotores iustitiae curiarum episcopali (9) et promotor iustitiae generalis in Curia Romana (10). Denique in processu beatificationis vel canonizationis, qui est modus procedendi plane singularis et sui generis, ad instar promotoris iustitiae vel defensoris matrimonii intervenire debet promotor fidei (11). Defensores publici sunt in primis defensor vinculi matrimonialis, defensor professionis religio-

(6) Instr. S. C. Ep. et Reg. 11. Iunii 1880. art. 13. Acta S. Sed. vol. VI. p. 124.; Instr. Card. Rauscher § 122.

(7) Cfr. font. cit. de defensore vincul. matrim. In iure gallico promotor fiscalis est magistratus publicus tribunalibus coordinatus tanquam custos legis et boni publici. « Le ministère public est l'œil du gouvernement, par lequel sont observés les tribunaux ».

Quare vel in ipso processu civili sive contentioso, salvis quibusdam exceptionibus, modo intervenit ut pars accessoria sive secundaria (partie jointe), modo ut pars principalis (partie principale); in processu vero criminali, publici accusatoris munere fungitur aliisque instructus est praerogativis, inter quas praesertim monopolium accusationis est recensendum. Denique ex dispositionibus iuris gallici varias exercet functiones administrativas tanquam « oculus gubernii » sive ministri iustitiae. Non paucae controversiae, quibus officium promotoris fiscalis causam dedit, inde solvendae sunt, utrum cum iure gallico adeo urgendum sit officium promotoris fiscalis ut « custodis legis » (sed quidnam est iudex?) et magistratus iudicibus coordinati (cum non levi detrimento dignitatis et independentiae iudicium!), an potius secundum ius anglicum aliaque iura moderna partibus sit adnumerandus.

(8) Vering, Inst. iur eccles. § 264. not. 5. 22.

(9) Instr. 11. Iunii 1880. art. 13. 34. 35.; Instr. Colon. I. c. aliosque fontes supra cit.

(10) Bened. XIII. Chirogr. cit. (Collect. Lac. I. 433).

(11) Bened. XIV., de beatif. et canoniz. lib. I. cap. 18.



sae, defensor valoris ordinis sacri (cfr. font. cit.), quibus accedit defensor vel advocatus pauperum (12).

187. *Notae historicae.* Cum longo saeculorum usu processus accusationis in foro ecclesiastico esset receptus (13), promotor fiscalis aut iustitiae in causis criminalibus, multoque magis in contentiosis sive litigiis non exstitit (14). Quae praxis paulatim immutata est, postquam Innocentius III. in Conc. Later. IV. capitul 8. = cap. 24. X. de accus. V. 1. processum inquisitionis iam antea praeformatum (15) in tribunalibus ecclesiasticis introduxit. Etenim in processu inquisitionis iudex ecclesiasticus, qui ex officio procedit, videbatur aliquo modo simul sustinere partes accusatoris. Quod licet in rigore iuris verum non sit, ut probatur cap. 31. X. de simonia V. 3. et cap. 10. X. de purgat. can. V. 34., tamen species quaedam et umbra suspicionis nequaquam semper vitari possunt in procedura per inquisitionem. Quare mirum non est, quod huius officii promotoris fiscalis mox in praxi vestigia quaedam reperiuntur (16). Introduta est enim " inquisitio cum prosequente (vel) promovente „ (17). At maxime in Gallia officium

(12) Concil. Firman. (a. 1726.) (Collect. Lac. I. 593.); Conc. Urbinat. (a. 1859.); Concil. Ravennat. (a. 1855.) (Collect. Lac. VI. 43. 210.).

(13) Primis saeculis in hac materia, etiam in causis criminalibus, Ecclesia secuta est modum quam maxime naturalem, scilicet procedendi contra delicta per viam accusationis. Qui modus etiam in foro saeculari iure Romano plane fuerat receptus. Hinc nemo *absens* poterat condemnari, atque nemo iudiciali cognitioni fuit subiectus, nisi adesset *accusator*, ut iam testatur Theophilus Alex. (cfr. Keller p. 127.). etiamsi non leves adessent *suspiciones*. Imo in Conc. Const. I. (381.) (can. 6. eidem adscripto), iam in foro quoque ecclesiastico introducitur poena talionis iuris Romani pro accusatore falso, idest qui Episcopum accusavit penes synodum, *scripto* se debuit obligare in casu, quo non probasset accusationem, ad subeundam eandem poenam, quae accusato fuisset infligenda. Huiusmodi processus accusationis retentus fuit usque ad saeculum circiter nonum. Ex saeculo octavo et nono introductus est ille modus procedendi per purgationem canonicam. Hinc introducta *inquisitio*.

(14) Cfr. c. 4. C. II. q. 1. Canon citatus 4 est canon Pseudo-Isidori, sed saltem refert, una cum reliquis apud Gratianum, praxim saeculi 12.

(15) Archiv. f. k. KR. t. 58. p. 194. sq.; t. 57. p. 216. sq.

(16) Cfr. c. 25. X. de accus. V. 1. Quare promotor fiscalis seu iustitiae praesertim in foro ecclesiastico ortus esse videtur per processum inquisitionis haereticorum (Cfr. Gross l. c. I. p. 14. not. 3.) et ex iudiciis saecularibus Galliae.

(17) *Durantis* l. c. I. III. partic. 1. tit. de inquis. § Viso n. 20.; *Molitor* l. c. p. 181. sq. Synodus Magdeburgensis circa a. 1390 (cfr. *Hefele* l. c. VI. p. 969.) praescribit institutionem procuratorum fiscalium, qui ius prosequantur, eo quod clerici et monachi saepe essent nimis timidi.



procuratorum fiscalium (gens du roi, procureurs du roi) iam tempore medii aevi ex saec. 13. et 14., ut in nulla (18) alia regione, magis magisque conformatum et excultum est. Hinc Episcopi Galliae iam ex saeculo 16. et 17. in officialitatibus episcopalibus suos habuerunt, "promoventes inquisitionem", atque etiam in Italia (19) a compluribus saeculis in curiis Episcoporum reperiuntur promotores fiscales seu iustitiae (20). Denique Benedictus XIII. per Chirographum citatum 12. Iulii 1724. promotorem fiscalem generalem in Curia Romana instituit. Cum ultimo saeculo tribunalia ecclesiastica in nonnullis dioecesibus restituerentur vel reformarentur, inter personas iudiciales promotor quoque fiscalis est adscriptus (21). Tandem in Instr. S. Congr. Ep. et Reg. 11. Iunii 1880. statuitur: "Unicuique curiae opus est procuratore fiscali pro iustitiae et legis tutela" (22).

188. Cum ob collusionem coniugum et nimiam iudicum ecclesiasticorum praecipitationem non raro matrimonia contra sanctiones canonicas declararentur nulla, quod nemo esset, qui vinculum matrimonii defenderet aut ad superius tribunal appellaret, Benedictus XIV. Const. "*Dei miseratione*", 3. Nov. 1741. officium defensoris vinculi matrimonialis summa cum sapientia primo instituit et in Const. "*Nimiam licentiam*", 18. Maii 1743. pacta coniugum de non appellando reprobavit; quam institutionem ab Ecclesia usque ad nostram aetatem constanter retentam (23) idem Benedictus XIV. Const. "*Si*

(18) In Gallia "procuratores regis" iam occurrunt intra a. 1254.-96. Ex Gallia transiit in Belgium.

(19) In Italia saltem ex saeculo 16. pariter iam commemoratur *promotor fiscalis* tum in regno Neapolitano, tum Mediolani, tum Romae. Cfr. *Molitor* l. c. p. 235. — In Hispania occurrunt sub nomine "promotor fiscal", "procurador fiscal". Etiam in processu criminali Germaniae occurrit *acusatio ex officio*. Cfr. *Laemmer* l. c. cap. 5.

(20) Quod promotor possit esse utilis, non est negandum; at aequae certum est contra quosdam promotores graves exstitisse querelas. Iam de sceleratis exploratoribus criminum "quos *promotores* appellant" querae proponuntur in Actis Conc. Constantiensis, et quidem evidenter de *promotoribus* in tribunalibus ecclesiasticis. Pariter de illis ineunte saeculo 15. conqueritur Nicolaus de Clemangis († circ. 1440.) in suis opusculis de ruina Ecclesiae cap. 21. Cfr. Anal. Iur. pont. l. c.; Causae select. S. C. C. p. 774. 778.

(21) Cit. Instr. Colon.; *Laemmer* l. c. p. 245.; Arch. f. k. KR. t. 23. p. 459.

(22) *Molitor* l. c. p. 234. sq.

(23) Cfr. v. g. Instr. S. C. C. 22. Aug. 1840.; Instr. S. Congr. de Prop. Fide et S. Off. infra cit.

*datam* „ 4. Mart. 1748. ad processum de nullitate professionis solemnus extendit, et S. C. C. in Instr. a. 1838. data, etiam in processu super nullitate sacri ordinis subdiaconatus ex causa vis et metus defensorem publicum constituendum esse iussit (24).

### § 1. DE PROMOTORE IUSTITIAE.

189. Cum penes Episcopum sit potestas nominandi officiales, qui tribunalibus dioecesanis adscripti sunt, ipse quoque potest deputare promotorem iustitiae (25), imo debet (26), si in causis criminalibus clericorum procedat secundum ordinem iudicarium concessum in Instr. S. C. Ep. et Reg. 11. Iun. 1880. (27). Vicarius vero generalis promotorem iusti-

(24) Cfr. *Sentis* l. c. p. 36. sq. Ecclesia officium sibi divinitus commissum esse semper existimavit protegendum pauperes miserabilesque personas. Cfr. c. 13. h. t. X. et cap. 6. 10. X. de foro comp. II. 2.; *Vering*, Instit. iur. eccl. § 180. V. Quem scopum ut obtineret, proprios constituit advocatos et procuratores, qui consulerent pauperum iuri et defensionem. Cfr. de advocato pauperum in Curia Rom. Bened. XIV. Const. „ *Inter conspicuos* „ 29. Aug. 1744. § 31. Iste advocatus pauperum a Rom. Pontifice fuit nominatus et assumptus ex *advocatis consistorialibus*. Ad ipsius officium spectabat *defensio* pauperum in tribunalibus. Quo in negotio duo procuratores illi assistebant. Annuebatur autem *clericis cameralibus*. Cfr. Const. cit. Ben. XIV.: *Bangen* l. c. p. 66.; *Phillips* VI. 552.; *De Luca*, Rel. Cur. rom. for. dis. 46. n. 69. sq. Benedictus XIII. in Conc. Rom. (a. 1725.) (cfr. Coll. Lac. t. I. 358. 432.) mandavit in quibuscumque supra dictis curiis deputari procuratorem pauperum et advocatum, qui iis assistant in quibuscumque causis civilibus litigiosis et criminalibus, viros pietate et doctrina praestantes cum assignatione alicuius mercedis, si possibile foret, et de iis electis habeatur ratio in provisionibus beneficiorum. At nostra aetate cum raro in tribunalibus ecclesiasticis huiusmodi causae pauperum occurrant, non videntur episcopi teneri defensorem pauperum per modum stabilis officii deputare. Unde satisfaciunt naturali suae obligationi, si curent, ut pauperes in iudicio patrocinio non destituantur (cfr. *Bouix* l. c. I. p. 513.), praesertim cum leges latae in laudato Conc. Rom. proxime et directe solam ecclesiasticam provinciam romanam ligent.

(25) Conc. Rom. a 1725. in Collect. Lac. I. 353. commemorat *promotorem fiscalem Curiae episcopalis*; Conc. prov. Quinquages. II. (a. 1869.) in Collect. Lac. VI. 433. 434. 436.; Instr. Colon. §§ 6. 7.

(26) At *absoluta* quaedam *obligatio* Episcopi in omnibus causis ecclesiasticis sive criminalibus sive contentiosis adhibendi promotorem iustitiae, quacumque forma procedatur, neque ex scripto iure communi neque ex universali quodam iure consuetudinario deduci potest. Cfr. *Molitor* l. c. p. 234. sq. 271.

(27) Cfr. art. 13. 34. 35.

tiae tantum videtur posse constituere, si mandato speciali sit munitus (28).

190. Qui in tribunali ecclesiastico fungitur officio actuarii, is nequit nominari promotor iustitiae (29). At quamvis summo opere conveniat, ut sit clericus, tamen laicus ab hoc officio in tribunalibus ecclesiasticis sanctionibus iuris communis non est exclusus; nam promotor non exercet iurisdictionem (30).

191. Sicut officium est procuratoris alicuius personae privatae tueri illius iura, ita promotoris iustitiae sive procuratoris fiscalis est tueri bonum publicum (31) et iura illius territorii ecclesiastici, in cuius tribunali constitutus est. Quod bonum publicum exigit, ut crimina coerceantur et legum violatio non maneat impunita, sive, ut dicitur art. 13. in cit. Instr. 11. Iun. 1880.: " pro iustitiae et legis tutela „ promotor iustitiae est constituendus. Quare promotoris est post sufficientem informationem de delicto commisso accusare reum et causam prosecui in iudicio ecclesiastico, nisi aliter Episcopo videatur (32). Finita instructione processus promotor iustitiae suas

(28) *Bouix* l. c. I. p. 472. Confer modum loquendi Instr. S. Off. et S. Congr. de Prop. Fide quoad *defensorem matrimonii*; unde concluditur eandem praxim servandam quoad defensorem matrimonii. Cuius assertionis ea videtur esse ratio intrinseca, quod iuxta *Benedictum XIV.*, De Syn. dioeces. II. 8. n. 2, ad ea, " quae sunt merae liberalitatis et gratiae, vel speciem habent alienationis „, Vicarius gen. indigeat mandato speciali, uti v. gr. ad liberam collationem officiorum seu beneficiorum. Iam vero designatio promotoris iustitiae est actus *liberae* nominationis ad *officium* ecclesiasticum et gravissimum dioecesis.

(29) S. C. Ep. et Reg. Apr. 1727.

(30) S. C. Ep. et Reg. 2. Iulii 1677.; S. C. Immunit. 30. Iun. 1832.; *Droste* l. c. p. 49.

(31) Cfr. de promotore iustitiae, qui proponit declarationem nullitatis matrimonii in dioec. Vratislav. Arch. f. k. KR tom. 23. p. 51. sq. Et nota sequentem responsionem S. C. C. 24. Nov. 1906. ad dubium: " An sit necessaria praesentia promotoris fiscalis in iudicio summario, quando parochus seipsum defendat vel vindicet proventus ex iuribus stolae, quos, dum essent controversi, idem parochus applicaverit fabricae ecclesiae parochiali „. Rescriptum est.: " Ad dubium propositum ab Episcopo, negative „. Cfr. Mon. eccl. XVIII. p. 434. sq.

(32) Agitur hic specialiter de promotore ut est publicus accusator. Quare ei incumbit ius et obligatio accusandi et accusationem promovendi. Cui generali obligationi illam addidimus limitationem " nisi aliter Episcopo videatur „. Etenim Episcopo est ius et obligatio examinandi, quodnam ex mediis magis conducat ad finem supremum salutis animarum et boni Ecclesiae, sive scilicet paterna quaedam procedura sive procedura iudicialis. Cfr. art. 3. Instr. 11. Iun. 1880, ubi dicitur: " *Conscientiae et prudentiae*

proponat necesse est conclusiones (33). Quae conclusiones, postquam iudices ecclesiastici de iis deliberarunt, a promotore iustitiae non iam mutari possunt (34). Id quod potissimum obtinet, cum defensio ab accusato iam est tradita (35). Quodsi post inchoatum processum defensivum, accusatio ex praevia inquisitione non videatur sufficienter instructa neque apta cognitioni et definitioni iudiciali, nova instructio causae per iudicem tantum ecclesiasticum, non per promotorem iustitiae decerni potest (36).

Quas obligationes ut promotor iustitiae religiose et iuste impleat, ab initio officii suscepti iuramentum praestare debet de munere diligenter implendo, secundum analogiam iuris Iustiniani (37) et praxim probatam Ecclesiae (38).

192. Promotor iustitiae praerogativa perpetuitatis non gaudet, cum neque iure scripto neque legitima consuetudine talis praerogativa ipsi tribuatur. Quare ab Episcopo ad nutum et sine processu canonico revocari ab officio suo potest valide, etiam sine causa. Vicarius generalis, quamvis promotorem iustitiae ab ipso Episcopo deputatum officio suo privare non valet, tamen promotorem iustitiae, quem ipse ex mandato speciali constituit, revocare non prohibetur (39).

Alia promotoris iustitiae iura onerosa patent ex obliga-

Ordinarii horum remediorum incumbit applicatio iuxta canonum praescriptiones et casuum adiunctorum gravitatem ». Iam si promotor iustitiae via iudiciali vult procedere, forte Episcopus alia via procedendum esse existimat propter solidas plane rationes. Quo in conflictu sane standum est pro Episcopo. Quare promotor iustitiae non debet accusationem iuridice proponere, nisi Episcopo *sciente et approbante*. Cfr. etiam *Droste* l. c. p. 50.

(33) Instr. cit. art. 33. 34. 35.

(34) Sicut accusator suum libellum mutare non potest, ita nec promotor iustitiae suas conclusiones; secus iniuste impossibilis aut saltem maxime difficilis redderetur defensio, neque esset *aequalitas* inter aggressionem et defensionem.

(35) S. C. Ep. et Reg. 30. Iunii 1826.

(36) S. C. Ep. et Reg. 30. Iun. 1826.

(37) L. 14. § 1. Cod. de iud. III. 1.

(38) *Bouix* l. c. I. p. 473. Quae *Bouix* tradit loc. cit. non sunt satis accurata. Ipse enim defendit cum *Pellegrino* in constitutione promotoris iustitiae iuramentum esse emittendum, et id probat ex eo quod « ea formalitas a iure Iustiniano praescribatur ». At ius Iustinianum non agit de promotore iustitiae et iuramentum praescribit ante *singulos* processus, non ab initio suscepti muneris, ut vult *Bouix*. Ergo ad analogiam tantum recurri potest.

(39) *Bouix* l. c. c. 475.



tionibus ipsi impositis (40). At licet promotor iustitiae in certis actibus processus criminalis clericorum iuxta laudatam Instructionem 11. Iun. 1880. art. 33. 34. 35. necessario sit adhibendus, si illa forma procedendi utatur Episcopus, tamen monopolium quoddam accusationis promotori iustitiae competere, ut videtur insinuare *Droste*, l. c. p. 50., iuris communis sanctionibus probari nequit, ideoque asserendum non est (41). Profecto concedendum est, processum inquisitionis, qui ab initio fuit modus procedendi *extraordinarius*, iam saeculo ultimo, imo et 17., fuisse praxi et consuetudine tanquam *ordinarium* susceptum. Cfr. *Schmalzgr.* lib. V. tit. 1. n. 172. Imo *Gross* l. c. I. p. 14. sq. putat iam tempore Conc. Trid. processum inquisitionis exclusive fuisse in usu, attentis decretis sess. XIII. cap. 1. sq. de ref., sess. XXIV. cap. 5. 20. de ref., sess. XXV. cap. 3. de ref. (quamvis ibidem nimis dure et iniuste iudicet de sentiendiis ex informata conscientia). Ideoque concludit *de iure* triplicem formam accusationis, denuntiationis, inquisitionis etiam *nostra aetate* nondum esse abrogatam et aequiparari; at *de facto* inquisitionem unice *in praxi* fuisse retentam. Attamen institutione *promotoris iustitiae* sub alia forma ad principium accusationis factus est regressus (42).

Specialem honoris praerogativam vel praecedentiam promotor iustitiae sibi vindicare nequit, nisi quod sit adscriptus Curiae episcopali et propter muneris gravitatem omni honore dignus. Salarium sive pensio ipsi debetur ab Episcopo, etiamsi nulla de eo conventio facta sit; nemo enim gratis operam suam dare debet, nisi velit aut speciali iure cautum sit officium sine mercede et tanquam munus honorarium esse exercendum (43).

(40) Confer de limitibus potestatis promotoris iustitiae episcopalis Curiae, si causa introducat in Curia Romana, Act. S. Sed. vol. XVIII. p. 37.

(41) *Bouix* l. c. t. II. p. 28. sq.

(42) Immerito institutio officii promotoris iustitiae tanquam minus opportuna a nonnullis reprehensa est. Id bona sane intentione factum est a *Molitor* l. c. p. 271. et a *Laemmer* l. c. p. 245., sed rationes illorum rem intentam non evincunt sibi contrariam habent non solum praxim antiquam multarum dioecesium, sed etiam citatam Instr. S. C. Ep. et Reg. 11. Iun. 1880.

(43) Cfr. v. g. Instr. Prag. (a. 1869.) §§ 86. 78. 79.



## § 2. DE DEFENSORE MATRIMONII (44).

193. Omnes et singuli Ordinarii in tribunalibus suarum diocesium ad causas nullitatis matrimonii discutiendas et definiendas, tanquam in prima instantia, possunt et debent eligere idoneum defensorem vinculi matrimonii, qui matrimoniorum defensor nominatur, cum facultate eum suspendendi vel removendi, si iusta causa adfuerit, et alium aequè idoneum atque iisdem qualitatibus ornatum substituendi, si legitime fuerit impeditus.

Si vero iudex in secunda instantia fuerit Metropolitanus aut Sedis Apostolicae Legatus vel Nuntius vel Episcopus vicinior, qui iurisdictionem ordinariam in illis regionibus exercet, defensor is est, quem illi constituerunt.

Si autem iudex in secunda instantia sit iudex delegatus sive commissarius, cui a Sede Apostolica causae cognitio de- mandata sit et proprium tribunal et iurisdictionem ordinariam non habeat, illo defensore matrimonii uti debet, qui constitutus est ab Ordinario, in cuius dioecesi causam cognoscit, etiamsi idem Ordinarius sit, qui primam sententiam in eadem causa pronuntiavit (45).

Quodsi denique ex dioecesi Romana coram Cardinali Vicario, vel aliunde in secunda, tertia vel quarta instantia ad Rotam vel Congregationem particularem vel etiam in prima instantia ex commissione SSmi, aliqua causa nullitatis matrimonii deferatur, standum est dispositioni Benedicti XIV. in Constitutione citata "*Dei miseratione* „ § 13. et disciplinae nunc vigenti in Curia Romana (46).

(44) At Vicarius generalis sine mandato *speciali* non videtur posse constituere defensorem vinculi. Cfr. § 1. cit. Instr. S. C. de Prop. Fide pro Stat. Foed. Amer. Sept. et notam superius appositam.

(45) Bened. XIV. Const. "*Dei miseratione* „ § 5.; Instr. S. C. C. 22. Aug. 1840. (Act. S. Sed. vol. I. p. 439. sq.); Instr. S. C. S. Off. ad Ep. Rit. orient. 20. Iun. 1883. (Act. S. Sed. vol. XVIII. p. 344. sq.); Instr. S. C. de Prop. Fid. ad Ep. Stat. Foed. Americ. Sept. a. 1883. (Act. S. Sed. I. c. p. 369. sq.); Inst. Card. Rauscher § 124. 146. (Collect. Lac. V. 1302. 1305); Bouix, De iud. eccles. tom. II. p. 434. sq.

(46) "Quemadmodum vero in citata constitutione nostra, quae incipit *Dei miseratione* decrevimus, ut in singulis dioecesibus ab Ordinario deputari debeat aliquis probitate ac doctrina commendatus, cuius officium esset in causis matrimonialibus in iudicio stare pro validitate matrimonii, ita nunc omnibus et singulis locorum Ordinariis committimus et manda-

194. Defensor matrimonii, quamvis, si fieri potest, ex coetu clericorum sit nominandus, tamen laicus ab hoc officio non est absolute exclusus, si vir ecclesiasticus haberi non possit (47). At semper requiritur, ut iuris scientia pariter et vitae probitate praeditus sit, imo in ipso generatim eadem qualitates ac in iudice exiguntur et propter easdem rationes censetur legitime impeditus vel tanquam suspectus recusationi obnoxius (48).

195. Defensor matrimonii, cum ei munus huiusmodi committitur, iuramentum praestare debet, fideliter officium suum obeundi *et quotiescunque* contingit, ut in iudicio adesse debeat pro alicuius matrimonii validitate tuenda, *rursus* idem iuramentum praebere tenetur (49).

Ad officium autem defensoris matrimonii legitime electi spectat, in iudicium venire *quotiescunque* contingit matrimoniales causas super validitate vel nullitate coram legitimo

mus, ut personam aliquam similibus qualitatibus praeditam in suis respective dioecesibus eligant, cui *defensoris professionis* munus imponant, utque huic omnia demandata, iniuncta et respective applicata esse censeantur, quaecunque nos in praecitatis litteris de matrimonii defensore statuimus ». Ita Bened. XIV. Const. « *Si datam* ». Cfr. quoque Conc. Trid. Sess. XXV. cap. 19. de reg. in ed. Richter cum decret. S. C. C. p. 423. relatis; Bouix, De iud. eccl. tom. II. p. 466. sq. Et nota quod non praescribitur stabilis deputatio, sed sufficit si defensor iste eligatur pro singulis casibus. Sicut autem in Curia Romana apud S. Rotam unus idemque exerceat officium defensoris matrimonii et professionis religiosae nec non sacrae ordinationis, ita etiam in Curia episcopali eisdem possunt haec varia munia attribui.

« Processus iudicialis erit conficiendus iuxta formam a Constitutione Bened. XIV. « *Si datam* » 4. non. Mart. 1748. praescriptam, quae licet de Regularibus reclamantibus nullitatem emissae professionis agat, ad affinem nihilominus hanc querelam nullitatis s. *ordinationis* ex S. Sedis praxi, congrua tamen congruis referendo, extensa fuit. Imprimis itaque deputandus erit a iudice defensor validitatis s. ordinationis, qui ad omnes et singulos actus citari atque adesse debet ». S. C. C. in Instr. a. 1838. data. Ubi advertas non dici quis sit ille *iudex*. Quare haec ipsa vox videtur insinquare Episcopum in prima instantia esse competentem, quoniam Sacrae Congregationi hae causae expresse non reservantur. Quamvis indirecte reservatae esse possint, si scilicet agatur de dispensatione, saltem ad cautelam, expetenda, pro qua dispensatione ad Sedem Apost. est recurrendum.

(47) Cfr. Bened. XIV. Const. cit. § 5.; Instr. cit. S. C. S. Off. P. I. tit. 2.; Instr. Card. Rauscher § 124.

(48) Quod si in casu inhabilitatis vel iustae suspicionis defensor non sponte ab exercitio officii absteat, tribunalis matrimonialis est illum recusare atque ab Ordinario petere substitutionem alterius defensoris matrimonii. Cfr. Schulte, Eheprocess § 10.

(49) Cfr. Bened. XIV. Const. cit. § 7. et cit. Instr.

iudice disceptari (50), eumque oportet in quolibet actu iudiciali citari, adesse examini testium, voce et scriptis matrimonii validitatem tueri eaque deducere, quae ad matrimonium sustinendum necessaria censet. Et defensoris huiusmodi persona tanquam pars necessaria ad iudicii validitatem censetur, semperque adsit necesse est in iudicio, sive unus ex coniugibus, qui pro nullitate matrimonii agit, sive ambo, quorum alter pro nullitate, alter vero pro validitate, in iudicium veniat. Quaecumque vero, defensore matrimonii vel eius substituto non legitime citato aut intimato (51), in iudicio peracta sunt, nulla et irrita habentur (52). At pro ecclesiis orientalibus (53) et pro dioecesisbus Statuum Foederatorum Americae Septentrionalis (54) benignior quaedam disciplina stabilita est, quoad necessariam praesentiam defensoris matrimonii in singulis actibus iudicialibus.

196. Ex specialibus obligationibus defensoris matrimonii praesertim illa commemoranda est, qua aut ab appellatione abstinere aut illam interponere debet. Itaque si a iudice pro matrimonii validitate iudicatur, ab appellatione se abstinere debet (55), idemque servare tenetur si a iudice secundae in-

(50) Defensoris vinculi interventio, sicut et altera instantia, non requiritur ex iure communi in probando statu libero. S. C. C. in causa Vratislav. 14. Dec. 1889. Si autem agitur de dispensatione matrimoni rati, quia non agitur de causa nullitatis vel validitatis matrimonii, per se defensor vinculi ex iure communi non videretur necessarius; sed ex praxi Curiae Romanae tum in processu apud Episcopum, tum apud S. Congr. Conc. antiquius, et recentius apud S. Congr. de Sacramentis, omnino requiritur. Cfr. Gasparri l. c. n. 1175.

(51) Quare duo requiruntur, ut scilicet defensor *legitime* citetur et ut eidem citatio legitime insinuetur. Cfr. Schulte, Eherecht p. 552.

(52) Cfr. Bened. XIV. Const. cit. §§ 6. 7.; Instr. S. C. C. 22. Aug. 1840.; Instr. Card. Rauscher § 126. Quare defensor toto caelo aberrat a suo officio, si sese gerit velut advocatum *actoris* contra vinculum matrimonii. Imo ne is quidem recte officium suum expleret, qui onus sibi assumeret *directe* probandi validitatem matrimonii; quod si forte non faceret apodicticis et ineluctabilibus argumentis, quae haud semper suppetunt, defensionis vinculi potius noceret quam prodesset. Sed sufficit ut *indirecte* validitatem tueatur. Nam quemadmodum iudices graviter peccarent et rei essent violati iuris divini, si nullum declararent matrimonium, cuius nullitas *certis* argumentis non esset probata (quamvis defensor non probasset validitatem), ita defensor erraret si ad directam probationem validitatis confugeret, non contentus indirecte probare nullitatem non demonstrari.

(53) Cfr. cit. Instr. S. Congr. S. Off. P. I. tit. 2. n. 9.; Conc. Alba-Iul. (a. 1872.) p. 296.

(54) Cfr. cit. Instr. S. Congr. de Prop. Fide § 11.

(55) At qui matrimonium accusat, ad secundam instantiam appellare potest. Cfr. Instr. Card. Rauscher § 180.

stantiae pro validitate matrimonii fuerit iudicatum, postquam iudex primae instantiae pro illius nullitate sententiam pronuntiavit (56); sin autem contra matrimonii validitatem sententia feratur, defensor intra legitima tempora, sive adhaerens parti pro validitate agentis (cfr. etiam Instr. Card. Rauscher § 183), sive, si nemo sit, qui pro matrimonii validitate insistat, vel si adsit, lata contra eum sententia iudicium deseruit, ipse ex officio ad superiorem iudicem provocare debet (57).

Si in secunda instantia aequae ac in prima nullum et irritum matrimonium iudicatum est, defensor matrimonii appellare non amplius tenetur (58), nisi putet salva conscientia acquiescendum non esse, vel quia sibi secunda sententia super nullitate matrimonii videtur manifeste iniusta vel invalida, vel quia lata fuit in tertia instantia et ut revocatoria alterius praecedentis super validitate in secunda instantia emanatae (59). In triplici hac exceptione defensor matrimonii

(56) Hoc quoque in casu actor contra valorem matrimonii ad tertiam instantiam appellare non prohibetur. Cfr. cit. Instr. Card. Rauscher § 182.

(57) Cfr. Bened. XIV. Const. cit. § 8.; Instr. Card. Rauscher § 181.

(58) Quodsi defensor pro sua conscientia in hoc casu non crediderit esse appellandum, *pars*, quae matrimonii valorem sustinet, *suo nomine privato* et independenter a defensore vinculi, ad tertiam instantiam appellare potest. Cfr. Bened. XIV. Const. cit. § 11.

Similique ratione quando utraque sententia conformis pro validitate coniugii pronuntiata sit, parti impugnanti matrimonium adhuc omnino patet appellatio ad Apostolicam Sedem. Ita expresse statuitur in cit. Instr. S. C. de Prop. Fid. § 30. et in Instr. S. Congr. S. Off. 20. Iun. 1883. Quare quae in Instr. Card. Rauscher § 180. reperiuntur de exclusione appellationis post duplicem conformem sententiam in favorem vinculi prolatam, intelligenda sunt cum tacita clausula: « Salva Sedis Apostolicae auctoritate ».

Si post duas sententias contra vinculum matrimonii prolatas, tertia instantia, ad quam per appellationem partis vel defensoris causa delata est, pro validitate matrimonii sententiam ferat, *actori* liberum est petere, ut quarta constituatur instantia et huius sententia pro finali habenda est. Cfr. Instr. Card. Rauscher § 181. Exemplum, quo in 1<sup>a</sup> instantia pro valore, in 2<sup>a</sup> et 3<sup>a</sup> instantia pro nullitate, in 4<sup>a</sup> instantia coram S. C. C. pro validitate matrimonii fuit iudicatum, ad instantiam viri agentis pro valore, referunt Act. S. Sed. vol. I. p. 59. = caus. Praemisl. 18. Iul. 8. Aug. 1778. et Iun. 1780.

(59) Hic habetur casus, quo *potest* appellare, sed non amplius tenetur, **nisi** una ex tribus illis conditionibus verificetur: 1<sup>o</sup> quod sententia sit *manifeste iniusta*; quod nisi locum habeat, sed res nondum liqueat, potest appellare, sed non debet; 2<sup>o</sup> quod sit *invalida* v. gr. propter formam non servatam; nam ius requirit duplicem conformem sententiam non solum iustam, sed etiam validam; sententia autem invalida non est sententia, et quod nullum est, nullum producit effectum; 3<sup>o</sup> quod lata in tertia instantia sit revocatoria.



per appellationem legitime interpositam curare omnino debet, ut causa in tertia, aut respective quarta instantia denuo cognoscatur (60).

197. Iura defensoris matrimonii sunt in primis illa, quae sunt correlativa obligationibus ipsi impositis.

Praeterea ius inamovibilitatis defensori matrimonii non competit, ut constat ex facultate Episcopi defensorem matrimonii libere nominandi atque ab officio, si iusta causa adsit, revocandi (61).

Defensor matrimonii, quem ad munus suum gratis obeundum pro amore Dei et proximi utilitate et Ecclesiae reverentia, in Domino exhortatur Benedictus XIV. Const. cit. § 12.; si operam suam gratis exhibere aliqua ex causa recuset, neque aliunde ei iam iustum salarium sit constitutum, iuxta Benedictum XIV. l. c., ab ipsius causae iudice ei constituatur, et ab ea parte, quae pro validitate matrimonii agit, si ipsi facultas sit, solvatur, sin minus a iudice primae vel secundae vel tertiae instantiae respective subministretur, qui pecunias ex multis suorum tribunalium redactas vel redigendas et in opera pia erogandas in huiusmodi sumptus insumere possunt. Cum vero iudices causae sunt commissarii, qui neque forum habent et consequenter neque pecuniam ex multis collectam, defensori matrimonii satisfiat necesse est ex pecunia multarum illius Episcopi, in cuius dioecesi iudex commissarius iuxta Sedis Apostolicae mandatum iudicium exercet (62).

(60) Cfr. Bened. XIV. Const. cit. § 11. Ad terminos const. Benedictinae videntur etiam reducenda, quae in cit. Instr. Card. Rauscher § 180. in fine habentur de quarta instantia, quae a defensore matrimonii in illo casu necessario peti *debeat*, quo prima sententia pro valore, secunda vero et tertia pro nullitate matrimonii lata sit.

(61) Cfr. Bened. XIV. Const. cit. § 5.; Instr. cit. S. Congreg. de Prop. Fide § 7.

(62) - Id solum peculiariter pro defensore professionis in praesentibus statuantes, ut scilicet quidquid, pro ipsius honorario aut mercede sive expensis in-defensione causae occurrentibus, eidem praestandum esse iudex prudenter arbitratus fuerit, id omne ab illis exsolvi debeat, quibus a professore renuntiata fuerunt bona in religionis ingressu dimissa; si vero hi non existant, aut si professus nihil renuntiandum habuerit, ipsa religio, quatenus ex illis sit, quae temporalia bona possident, ad huiusmodi solutiones teneatur; si autem nec adsint bona renuntianda nec ordo regularis, de quo agitur, quidquam possideat, tum defensori professionis satisfiat ex pecuniis multarum illius tribunalis, in quo causa agitata fuerit, sive alterius, prout in aliis praedictis litteris nostris de matrimonii defensore statuimus. Haec tenet Bened. XIV. Const. « *Si datam* ».



## TITULUS VIII.

## DE POSTULANDO SIVE DE ADVOCATIS

(Lib. I. tit. 37. de postulando).

**198. Fontes:** Dig. III. 1. de postulando; 3. de procurator. et def.; Cod. II. 6. de postul.; 7. de advoc. divers. iudicior.; 8. de advoc. div. iudicum; 9. de adv. fisci; 10. de error. advoc.; 11. ut quae des. advoc. (1). — c. 2. C. III. q. 7. c. 7. 8. Dist. 1. de poenit. — Cpl. I. lib. I. tit. 28. de post.; Cpl. II. lib. I. tit. 17. de offic. advocator.; Cpl. V. lib. I. tit. 21. de postulando. — Decretal. Gregor. IX. lib. I. tit. 37. de post. — Bened. XII. Const. « *Decens* » 26. Oct. 1340. (2); Bened. XIV. Const. « *Inter conspicuos* » 29. Aug. 1744. (3); Instr. S. C. Ep. et Reg. 11. Iun. 1880.

**Scriptores:** Comment. iur. Rom. in tit. cit., *Vering*, *Gesch. u. Pand.* § 113.; *Keller* l. c. § 55. — Comment iur. Decret in h. t. — *Zech*, *De iud. eccl.* Pr. tit. 6. de advoc.; *Ferraris* l. c. v. *Advocatus*.; *Bouix*, *De iud. eccl. t. I.* p. 228. sq.; *Muenchen* l. c. I. p. 79. sq.; *Droste* l. c. p. 57. sq.; *Schulte*, *Eheprocess* § 26.; *Tancred.* l. c. P. I. tit. 5. de advocatis et eor. officiis; *Durantis*, l. c. I. I. part. 4. tit. de advocato. — *Thomassin* l. c. P. I. lib. 2. cap. 97.; *Kraus* l. c. §v. *Defensor*.; *Bangen* l. c. p. 62.; *Phillips* l. c. VI. p. 548.; *Renand* l. c. § 62. sq.; *Wetzell* l. c. § 8.

## Praenotiones.

**199. Connexio materiae.** Postquam titulis praecedentibus de iis personis actum est, quae nomine proprio tanquam partes principales, sive ut actores sive ut defensores, in iudicio interveniunt, apte iam fit transitus ad adiutores partium, qui nomine alieno et secundario quodam loco agunt et respon-

(1) Cfr. quoque Editto Card. Gamberini § 228. sq. *Degli avvocati*; Cod. di proced. pen. Ital. art. 274. sq. 632. sq. *Dei difensori*; *Rechtsanwaltsordn.* Germ. 1. Iul. 1878.; *Advokatenordn.* Austr. 6. Iul. 1868.; *Bianchi*, *Sull'esercizio delle professioni di avvocato e di procuratore*. Torino, 1884.; *Dela-chenal*, *Histoire des avocats au Parlement de Paris 1300.-1600.* Paris, 1885.; *Denizot*, *Du droit de plaider, écrire et consulter*. 1898.; *Douxchamps*, *De la profession d'avocat et d'avoué*, 1904.; *De Fouchier*, *Règles de la profession d'avocat à Rome et dans l'ancienne législation française*, 1895.; *Labouret*, *Des honoraires des avocats*, 1906.; *Rousse*, *Avocats et magistrats*, 1903.

(2) Benedictus XII. iam proponit reformationem *advocatorum* Curiae Romanae, tum eorum, qui defendunt causas in Consistorio, tum eorum, qui apud « *auditores* » causarum patrocinium suscipiunt. Quae de obligationibus illorum advocatorum dicit Pontifex, ea facile ad alios advocatos ecclesiasticos applicari possunt.

(3) In hac Constitutione Benedictus XIV. agit de advocatis *consistorialibus*.

dent in iudicio ecclesiastico: quare cum partibus in iudicio constitutis ordinarie maxime necessarium sit subsidium iuris, principem locum inter adiutores partium occupant advocati (4).

**200. Definitiones.** Postulare, quamvis alias significet aut postulationem sive actum illum subsidiarium electionis canonicae, de quo agitur lib. I. tit. 5., aut expositionem desiderii proprii vel amici in iudicio, apud eum qui iurisdictioni praest, aut contradictionem alterius desiderio (5), tamen aliis verbis rubrica h. t. eodem modo enuntiari potest atque in compilatione II. scilicet de officio advocatorum sive de advocatis. Advocatus vero ecclesiasticus est persona a competente auctoritate ecclesiastica approbata (6), quae in processibus canonicis iura partium coram iudice ecclesiastico per deductiones iuris et facti scripto traditas vel viva voce probatas tuetur (7).

(4) Cfr. *Durantis* l. c. In processu canonico ante omnia proponenda sunt *facta*. Id quod optime omnino fieri potest ab ipsis partibus. At in cognitione factorum iudicium non est absolutum. Sed partium interest, ut ex factis legitime probatis sua deducantur iura, factisque leges applicentur. Qui scopus ut obtineatur, iuris scientia est necessaria non tantum theoretica, sed practica, quae consistit in habitu facile et apte ius ad facta applicandi. Praeterea ut quis in causa victor evadat, certo ordine determinateque omnia sunt proponenda secundum *ordinem* iudiciorum. At iuris *materialiter* spectati et iuris *processualis* cognitione, ordinarie, partes litigantes constitutae sunt. Ergo ipsis confugiendum est ad personas duplici illa scientia theoretica et practica quoad *obiectum* et *formam* processus instructas. Hae autem personae sunt advocati, non casu et per accidens, sed stabili officio ad patrocinium causarum deputati. Haec autem, quae in genere de omni processu valent, a fortiori vim suam habent quoad processum criminalem, etiamsi agatur de clericis accusatis, in quibus illa duplex scientia supponi nequaquam potest. Praeterea summi momenti est, ut causa agatur et defendatur *pacato* animo et *circumspecte*; at haec animi quies facile aberit sive in reo, sive in actore; advocatus contra, fori contentionibus assuetus, cuius *personale interesse* in dubium non vertitur, tranquillitatem animi necessariam non facile amittet. Cfr. *Droste* l. c. p. 56. — Non immerito autem hic advocati ante procuratores commemorantur, quum eorum officium sit dignius atque nobilius. Procuratori enim maxime incumbit cura de *factis*; advocatus in *ius* inquirat, sed iura sane factis praestant.

(5) Cfr. c. 2. C. III. q. 7.; L. 1. § 2. Dig. de postulando III. 1.

(6) Et haec approbatio esse potest sive *specialis* pro aliqua certa et determinata persona, sive *generalis*, quae fiat lege generali; v. gr. Episcopus pro foro ecclesiastico approbat omnes advocatos in foro saeculari approbatos, dummodo sint catholici. Ita ex. gr. egit Archiepiscopus Pragensis.

(7) Instr. 11. Iun. 1880, art. 30.; Instr. Prag. a. 1869. § 19.; *Schmalzgr.* h. t. n. 2. 3.; *Leuren*, For. eccl. h. t. q. 978. sq. *Schmalzgr.* l. c. n. 2. dicit: ~ Advocatus (qui alias etiam patronus causae et orator et causidicus

**201. Divisiones.** Advocati sunt:

I. *Publici* aut *privati*. Illi in causis publicis et fisci operam suam impendunt, et de his agitur in Cod. I. II. t. 9.; hi operam suam praestant in causis privatis.

II. Alii dicuntur *ordinarii*, qui publica auctoritate ad causas perorandas approbati, vi stabilis deputationis et officii, patrocinium litigantibus in aliquo tribunali concedunt; alii vero sunt *extraordinarii*, qui in album advocatorum non sunt adscripti, sed quasi extra ordinem partibus patrocinantur in iudicio, cum approbatione competentis auctoritatis.

III. Denique distinguuntur *voluntarii* advocati, qui a partibus rogati suum auxilium praestant, et *necessarii*, qui auctoritate iudicis etiam inviti iubentur causam clientis suscipere (8).

**202. Notae historicae** (9). Quemadmodum in veteris testamenti libris advocatorum in causis religiosis populi Israelitici non fit mentio, ita etiam primis saeculis religionis christianae

appellatur) proprie dictus est ille, qui pro altero *praesente* postulat seu defensionem praestat, et ei auctoritate, consilio, opera sua in iudicio assistit ».

(8) Cfr. Instr. S. C. Ep. et Reg. 11. Iunii 1880. art. 30. 31.; Instr. Prag. a. 1869. §§ 19. 65. 66. Advocati Curiae Romanae sunt in primis *advocati consistoriales*, qui sunt aut numerarii sive participantes, aut supranumerarii sive non participantes sive iuniores, atque ex his advocatis consistorialibus a R. Pont. assumitur *advocatus pauperum*. Praeterea distinguitur advocatus fisci sive Camerae, advocati simplices atque advocati titulares. Cfr. Bened. XIV. Const. « *Inter conspicuos* » 29. Aug. 1744.; *De Luca*, Relatio disc. 46. n. 48. sq.; *Bangen* l. c. 65. sq.; *Phillips* l. c. VI. p. 550. sq.; *Bouix* l. c. I. p. 232. sq.

(9) Apud Romanos tempore Ciceronis ii dicebantur advocati, qui partibus in causis agitandis consilia praebere solebant vel forte amicum ad iudicium comitabantur, ut sua auctoritate illius causam sustinerent; patroni vero fuerunt oratores, qui viva voce postulationes partium coram magistratu vel praesertim in iudicio tuebantur. Cfr. *Cicero*, De divin. IV. 11. Utrumque officium, ut honorarium, ab unoquoque, cui ius postulandi non fuerat sublatum, exerceri potuit, et ob causam orandam donum minusve capere fuit prohibitum. Quae prohibitio (quae nititur lege Cincia lata a. 550. p. U. e.) cessavit, cum officium causidici sive advocati vel patroni ad instar artis et negotii exerceri coeptum esset; at centum aureos honorarium excedere non potuit (quae summa ab Imp. *Claudio* prima vice fuit designata). Post interitum classicae iurisprudentiae, cum respondentes non iam existerent, « iurisperiti, scholastici, togati », quibus nominibus advocati iam appellabantur, proprium quandam constituerunt statum legibus Iustinianeis accurate determinatum. Cfr. *Vering*, Gesch. u. Pand. § 113.; *Keller* l. c. § 55.; *Waller*, Deuts. Rechtsgesch. § 653, de prolocutoribus iur. germ.

in foro ecclesiastico viget silentium de advocatis. Quamprimum vero Ecclesia crevit numero fidelium et bonis temporalibus magis locupletata est, prima quoque vestigia advocatorum forensium in Ecclesia occurrunt. Huiusmodi advocatis aliqua ratione certe adnumerari possunt defensores ecclesiarum (ἐκδικοί), qui in Ecclesia orientali commemorantur iam c. 2. Conc. Chalcedonensis (a. 451.) (10). Certe in Ecclesia Constantinopolitana quatuor species defensorum ecclesiasticorum exstiterunt (ἐκκλησιέκδικοί), ex quibus speciali mentione digni sunt defensores clericorum in causis criminalibus et civilibus (πρωτέκδικοί) (11).

Neque in Ecclesia occidentali defuit institutum defensorum. Ita v. g. Ecclesia Africana suos habuit defensores, cum desiderio Concilii Carthaginensis XI. (a. 407.) c. 3. expresso (12) annueret Honorius Imperator (13). Maxime vero Romae iam sub Innocentio I. (402-417.), vi cuiusdam ordinariae et stabilis institutionis, reperiuntur defensores septenario numero constituti, quibus defensio iurium ecclesiarum praeter alia officia fuit demandata (14).

(10) Cfr. *Hefele*, Conciliengesch. II. p. 506. sq.

(11) Cfr. de defens. ecclesiar. Novell. 56. 59. cap. 1. et Ios. Hergenroether in Arch. f. k. KR. tom. 10. p. 329.

(12) *Hefele* l. c. II. p. 100.

(13) L. 38. Cod. Theod. XVI. 2.

(14) Ab his septem defensoribus regionis Urbis Romae probabiliter originem ducunt advocati consistoriales, qui a Bened. XII. Const. « *Decens et necessarium* » 26. (7.) Oct. 1340. non fuerunt instituti, sed iampridem exstiterunt. Sixtus IV. septem primis advocatis consistorialibus, qui dicuntur numerarii sive participantes, quinque alios adiunxit iuniores, supernumerarios sive non participantes. Qui numerus duodenarius, a Benedicto XIV. Const. « *Inter conspicuos* » 29. Aug. 1744. § 3. approbatus, usque ad nostram aetatem retinetur. Cum causae *contentiosae* adhuc in Consistorio disceptarentur, procul dubio advocati *consistoriales* ibidem causas perorabant. At advocati consistoriales non impediabantur iure, quominus aliis quoque causis se occuparent; at, ut plurimum, eas simplicibus advocatis relinquerunt. Quod discrimen inter advocatos consistoriales et simplices advocatos in citata Constitutione Bened. XII., quamvis ibidem expressis verbis advocati *consistoriales* non commemorentur, iam videtur insinuatum, quum duplex advocatorum species distinguatur, aliorum scilicet, qui defendunt in causis consistorialibus, idest in consistorio, aliorum, qui apud *auditores* causas defendunt. Nunc quia causae contentiosae non amplius in Consistorio disceptantur, si excipias munus postulandi pallium pro Metropolitibus vel Episcopis, quibus competit, et munus *postulandi* in causis beatificationis et canonizationis, advocati consistoriales causas defendere non possunt nisi apud auditores. Et proinde in Lege propria Rotae addita Const. « *Sapienti consilio* » can. 44. statuitur: « Advocati proprii ac



Apud Longobardos quoque et Francos pariter isti defensores exstiterunt (15). Nequit negari illos advocatos potius fuisse armatos defensores quam togatos vel forenses, licet defensio iuridica ecclesiarum ab ipsorum officio non censeretur esse plane aliena (16).

Tempore medii aevi Ecclesia non omisit suis legibus officium advocatorum definire, velut de iuramento praestando, de scientia requisita, de malis artibus vitandis (17). At summa huius legislationis canonicae maxime reperitur h. t. in Decretalibus Gregorii IX. et postea pauca tantum praxi et consuetudine immutata vel interdum potius magis explicata sunt (18).

### § 1. DE IURE CONSTITUENDI ADVOCATUM.

203. Unaquaeque ex partibus litigantibus potest, sed non tenetur (19), sibi constituere advocatum idoneum (20). Cui iuri non obstat illa dispositio canonica, secundum quam certis in casibus vel causis partes personaliter, non per procuratores, in tribunalibus ecclesiasticis sese sistere debent (21).

Quodsi partes litigantes propter impedimentum iuris vel facti per seipsas postulare aut propter egestatem advocatum invenire non possunt, iudex, ad instantiam litigatorum vel procuratorum illorum aut ex officio, advocatum constituit

nativi S. Rotae et Signaturae Apostolicae sunt advocati consistoriales „, quamvis, ut expresse additur in canone sequenti, etiam alii admittantur, qui certis qualitatibus sint instructi. De privilegiis advocatorum consistorialium cfr. Iul. III. Const. „ *Cum sicut* „ 6. Febr. 1553.; Sixti V. Const. „ *Sacri apostolatus* „ 23. Aug. 1587.

(15) Ferraris l. c. n. 6. 7.

(16) Cfr. Conc. Roman. (a. 826.) c. 19. 20.; Hefele l. c. IV. p. 49.

(17) Cfr. v. g. Synod. S. Quentin. (a. 1231.) c. 45.; Synod. Prov. Turon. (a. 1231.) c. 36.; Synod. Turon. (a. 1236.) c. 2. sq. Cfr. quoque Hefele l. c. V. p. 922. 926.

(18) *Benedict. XIV.*, De Synod. l. XIII. cap. 10. n. 12. Qui fuerit tempore medii aevi modus agendi advocatorum, ex iis, quae tradit *Durantis* l. c. tit. de avvocato, facile deducitur.

(19) Cfr. de „ praerogativa scribendi in iure „, advocatis consistorialibus reservata in causis beatif. vel canoniz., secundum modum determinatum a Bened. XIV. cit. Const. „ *Inter conspicuos* „ § 14.

(20) Cfr. Instr. 11. Iun. 1880. art. 30. 31.; Instr. Prag. 1869. §§ 17. 19. 65. 66. De iure approbandi sive admittendi ad officium advocati ecclesiastici cfr. Instr. 11. Iun. 1880. art. 30.; Editto Card. Gamberini §§ 228. 220.

(21) Cap. 14. X. de iudic. II. 1.; cap. 1. de iudic. II. 1. in Sext.; Instr. Card. Rauscher §§ 143. 145. cum §§ 217. 251.; *Drosle* l. c. p. 57. 58. 119.



et causam suscipere iubet (22). Cui mandato iudicis advocatus omnino obedire debet (23), nisi iustam habeat excusationis causam (24). In processu criminali si reus sibi defensorem constituere recuset, Ordinarius illum ex officio designare debet (25).

§ 2. DE PERSONIS HABILIBUS AD OFFICIUM ADVOCATI.

**204.** Quoniam edictum de postulando, sicut illud de procuratore constituendo (26), est prohibitorium (27), quicumque in iure non expresse prohibentur, ii postulare sive advocare in foro ecclesiastico possunt (28).

Prohibentur vero alii iure naturali, alii iure Romano ab Ecclesia approbato, alii disertis sanctionibus canonicis; alii per sententiam iudicis ecclesiastici repelluntur.

**205.** Ipsa lege rationeque naturali, accedentibus quoque positivis sanctionibus, prohibentur ab officio advocati:

I. Furiosi et fatui (29).

II. Surdi atque muti, cum neque pro se postulare possint, multo minus advocati officium pro aliis suscipere possunt, praesertim in discussione iudiciali viva voce perficienda (30).

III. Caeci pro aliis (31).

IV. Pueri minoresque 17. annis, quia carent perfecto iudicio ad postulandum requisito, et indecorum est, ut is, qui ipse indiget curatore, tanquam patronus suos habeat clientes (32).

(22) Cap. 1. X. de off. iud. I. 32.; L. 1. § 4. D. de post. III. 1. Ratio autem istius assertionis est, quia iudicis est efficere, ut litigantium iura et facta fiant *manifesta*, ut iudicium veritate nitatur.

(23) Cap. 1. X. de off. iud. cum Glossa.

(24) *Tancredus* l. c. §§ 2. 5.; *Droste* l. c. p. 58. Quia publica admissio non tantum dat *iura*, sed etiam *officia* imponit, et hac tantum, saltem tacita conditione, facta est.

(25) Instr. 11. Iun. 1880. art. 31.; S. C. Ep. et Reg. 11. Maii 1844.; Instr. Prag. § 65. Cfr. *Santi* l. c. l. 32. n. 17. quoad Congregationem advocatorum a S. Ioanne nuncupatam, qui pro amore Dei Romae causas pauperum defendebant.

(26) Cap. 1. de procur. I. 19. in Sext.

(27) L. 43. § 1. D. de procur. III. 3.; cap. 23. X. de sponsal. IV. 1.

(28) *Tancred* l. c. § 2.; *Durantis* l. c. § Obiicitur n. 12.

(29) L. 2. D. h. t.; L. 9. D. de re iud. XLII. 1.; L. 124. § 1. D. de R. I. L. 17.

(30) L. 1. § 3. D. h. t.; c. 2. § 2. C. III. q. 7.; *Bouix*, De iud. eccl. I. p. 235.

(31) L. 1. § 5. D. h. t.; cit. c. 2. § 2.; *Tancred*. l. c. § 2.

(32) L. 1. § 3. D. h. t.

V. Mulieres quoque, ne contra pudicitiam sexui congruentem alienis causis se immisceant, et ne virilibus officiis fungantur (33).

206. Iure Romano (34), ab Ecclesia etiam pro suo foro approbato, prohibentur:

I. Haeretici (35), et infideles sive qui baptizati non sunt (36). Iudaei quoque et schismatici omnesque acatholici in tribunalibus ecclesiasticis ab advocationis officio sunt exclusi (37).

II. Servi, qui ius standi in iudicio pro aliis etiam in foro ecclesiastico propter suam dependentiam non habent (38).

III. Infames, quia munus advocati est officium nobile, atque infamibus non debent patere portae dignitatum (39).

IV. Litterarum et iurium imperiti (40).

V. Potentiores, ne mole suae potentiae opprimant iura adversae partis (41).

(33) L. 1. § 5. D. h. t.

(34) De qualitatibus requisitis promovendorum ad officium advocat agit Editto Card. Gamberini § 229.

(35) L. 8. Cod. de haeret. I. 5.; Novell. 144. cap. 2.; cap. 13. § 5. X. de haer. V. 7.

(36) L. 15. Cod. de episcopali aud. I. 4.; L. 8. Cod. de post. II. 6.

(37) Cap. 16. 18. X. de iud. V. 6. His capitibus interdicatur, ne Iudaeis atque Saracenis et paganis *publica officia* concedantur. Quod si verum fuit pro foro *saeculari*, pro quo *etiam* haec lex fuit lata, multo magis procedit de foro *ecclesiastico*. Officia autem illa publica iure merito extenduntur ad officium advocati. Cfr. quoad hoc recentissimam quoque resolutionem Trib. Cassat. Ital. in causa D. nae Labriola, qua declaratum est mulieres excludi ab officio advocati; *Schulte*, Eheprocess § 26.

(38) L. 32. D. de R. I. L. 17.

(39) L. 2. Cod. de dign. XII. 1.; R. I. 87. in Sext.; L. 1. §§ 5. 6. 8. D. h. t.; L. 11. § 1., L. 17. Cod. de adv. divers. iudic. II. 7.; c. 2. §§ 2. 20. C. III. q. 7.

(40) L. 2. Cod. h. t. Instr. Prag. 1859. §§ 19. 66.; Instr. Card. Rauscher § 143. « Libertas advocaturae » etiam nostra aetate non in hoc consistit ut *quilibet* ad hoc officium sine studiis iuridicis atque examine admittatur. Etenim ut plurimum requiritur aut proprium quoddam examen ab advocatis aut eae qualitates, quae necessariae sunt ut aliquis iudex fieri possit.

(41) L. 1. Cod. ne liceat pot. II. 14.; L. 9. § 5. D. de off. praes. I. 16. Quo ex capite etiam ecclesiastici in dignitate constituti aliquando possunt excludi. Imo huiusmodi viri, si dignitas ecclesiastica est nimis alta, etiam ratione ipsius dignitatis non iam convenit ut advocati existant. Hinc *Durantis* h. t. § Obicitur n. 4.: « Super quo nota tres esse ordines non postulantium clericorum. Primum Episcoporum et aliorum Superiorum, qui omnes prohibentur pro aliis postulare coram ecclesiastico vel civili iudice, ut C. II. q. 1. c. Te quidem; C. V. q. 3. c. Quia episcopus; Dist. 88. c. Perlatum ».

VI. Non absolute, sed relative tantum, iudex vel arbiter, vel assessor in ea causa, in qua sunt iudicaturi (42), quia suspicioni sunt obnoxii ipsos laturos esse sententiam in favorem sui clientis (43).

VII. Hac relativa inhabilitate impeditur quis esse advocatus contra donatorem suum, ita ut propter istam ingrati animi manifestationem ipsa donatio revocari possit (cap. 3. h. t.), nisi praecepto superioris ad causam suscipiendam adigatur vel pro personis coniunctis, non pro extraneis agat (44).

### 207. Sacris canonibus speciatim prohibentur:

I. Excommunicati (45). Quae prohibitio nostra aetate saltem in tribunalibus ecclesiasticis vim suam retinet (46).

II. Religiosi, qui neque in saecularibus neque in ecclesiasticis tribunalibus officium advocati obire possunt, nisi in causis, in quibus vertitur utilitas monasterii vel ordinis religiosi (47). In his enim causis, accedente mandato vel consensu competentis Superioris regularis, ab officio advocati non arcentur (48). Excipiuntur Fratres Minores S. Francisci, qui ob nullam monasterii sui utilitatem eiusmodi advocati munus,

(42) L. 6. Cod. h. t. *Durantis* l. c. n. 10. non tantum excludit ab officio advocati iudicem vel assessorem in causa, in qua *iudicaturi* sunt, sed etiam a causa, in qua iam *iudicarunt*. Sane suspicio contra advocati honestatem esset, si causam defenderet *contra sententiam* iam alias prolatam. Item cancellarius vel promotor iustitiae non potest esse simul advocatus *unius partis*. Imo si promotor iustitiae *simul* esset *defensor rei et accusator, praevaricationis* reus esset. *Droste* l. c. p. 57.

(43) Huc spectat, quod etiam cancellarius sive actuarius et promotor iustitiae in suis tribunalibus non possint esse defensores vel advocati privati partium litigantium, licet promotor iustitiae, quatenus est non tantum accusator publicus, sed custos legis atque iustitiae, reo subsidium denegare non possit. Cfr. *Droste* l. c. p. 57.; Greg. XVI.. Regol. giudiz. § 1054.

(44) *Durantis* l. c. § Obiicitur n. 10. 14. 17. sq.

(45) Cap. 7. X. de iud. II. 1.; cap. 13. § 5. X. de haeret. V. 7.; cap. 8. de sent. excom. V. 11. in Sext.

(46) *Kober*, D. Kirchenbann p. 423. sq. Attamen nota quod habet *Durantis* l. c. n. 1. scilicet: "Verumtamen, quamvis advocatus fuerit excommunicatus vel haereticus, non ideo retractabitur sententia. Idem, si procurator fuerit talis; secus autem, si fuerit iudex vel testis".

(47) *Durantis*, l. c. n. 3. inquit, num religiosus advocatum agere possit saltem pro miserabilibus personis, ut clerici. Et respondet Vincentium hoc permittere; ipse vero est contrarius et addit: "Si tamen tenes dictum Vincentii, dicas quod hoc facient, Abbate imperante, et non aliter". At *Tancredus* l. c. § 2. monachos, cum venia Praelati, posse postulare pro personis miserabilibus admittit.

(48) C. 35. C. XVI. q. 1.; cap. 2. h. t. X.; *Tancred.* l. c. § 2.; *Durantis* l. c. § Obiicitur, n. 2.

etiam de Superioris regularis licentia, obire possunt iuxta cap. 1. de V. S. V. 11. in Clem. (49).

III. Sacerdotes (50) saeculares neque in iudicio saeculari, imo attento rigore iuris Decretalium neque in foro ecclesiastico, officium advocati exercere possunt, cum sacerdotis sit omnibus velle prodesse, nemini nocere (51). At postulare non prohibentur etiam in foro saeculari:

1) Si agatur de causa propria.

2) In causa ecclesiae suae.

3) Pro personis coniunctis consanguinitate vel affinitate usque ad quartum gradum vel vinculo quodam spirituali, velut pro canonico eiusdem Capituli.

4) Pro miserabilibus personis v. g. orphanis, viduis, pupillis.

5) Si accedat tolerantia et consuetudo, ut quondam accidit in Curia Romana, aut expressum adsit indultum Apostolicum (52). Nostra autem aetate sacerdotibus in tribunalibus ecclesiasticis patrocinium illarum causarum, quae ex disciplina vigente communiter ibidem discutiuntur, vix iam potest esse interdictum (53).

208. Clerici vero maiorum ordinum et beneficiati etiam in solis ordinibus minoribus constituti, licet in foro saeculari advocati esse non possint (54), cum illi vi sacrorum ordinum cultui divino magis sint addicti, et beneficiati ex beneficiis habeant unde vivant, tamen vi sensus contrarii capitis 1. h. t. coram iudice ecclesiastico etiam in causis saecularibus officium advocati exercere non prohibentur (55). Quid speciatim de clericis beneficiatis cautum sit, continetur cap. 3. h. t. X.

Denique clerici minorum ordinum, qui beneficio carent nec aliunde habent unde vivant, in tribunalibus etiam sae-

(49) *Leuren* h. t. q. 982.; *Bouix* l. c. I. 209. sq.; *Schmalzgr.* h. t. n. 7.

(50) Laicus ab officio advocati ecclesiastici etiam consistorialis non est exclusus. Cfr. Instr. 11. Iun. 1880. art. 30.; Instr. Prag. § 19.; *Schulte*, Eheprocess § 26.

(51) Cap. 1. et 3. h. t. X.; *Schmalzgr.* h. t. n. 10.; *Pirhing* h. t. n. 9.; *Bouix* l. c. p. 203.

(52) *Leuren* h. t. q. 982. n. 3.; *Bened. XIV.*, De Synod. dioec. lib. XIII. cap. 10. n. 12.; *Bouix* l. c. p. 207.; *Tancred.* l. c. § 2.; *Durantis* l. c. n. 4. 29.

(53) Edict. Card. Vic. in Urbe (a. 1724.) (in Collect. Lac. tom. I. p. 373.); Instr. 11. Iun. 1880. art. 30.; Instr. Prag. (a. 1869.) §§ 19. 65. 66.; *Santi* h. t. n. 3. 4.; *Droste* l. c.

(54) Cfr. cap. 1. h. t. X.

(55) Cfr. *Pirhing* h. t. n. 8., cuius censorem nimis zelantem minusque accuratum agit *Bouix* l. c. I. p. 203.

cularibus atque in causis saecularibus, exceptis causis capitalibus vel mutilationis, ex sanctionibus iuris Decretalium postulare non prohibentur (56).

209. Sententia iudicis (57), sive ad certum tempus sive in perpetuum, in casibus a iure expressis, advocati alias habiles a postulando prohiberi possunt:

1) Si in numerum advocatorum relati atque a iudice patrociniū causae praestari iussi sine iusta causa illud praestare recusent (58).

2) Si comperiantur mala fide processisse et colludendo cum adversario causam prodidisse (59).

3) Si paciscantur de quota litis sive rei, de qua litigatur, sibi loco honorarii danda (60).

### § 3. DE IURIBUS ET OBLIGATIONIBUS ADVOCATORUM.

210. Privilegia personalia et realia, quae a veteribus iuristis et canonistis, propter textus quosdam iuris Romani, advocatis vindicantur (61), ob immutata tempora, aut omnibus civibus iam facta sunt communia, velut immunitas a tortura vel usus

(56) Cap. 1. h. t. X.; cap. 1. 9. X. ne clerici III. 50.

(57) Regolamento penale Gregoriano art. 205. (Del patto così detto *quotae litis*), art. 207. (Della prevaricazione nelle difese).

(58) L. 7. Cod. h. t. Hinc v. g. advocatus ab Episcopo approbatus, qui iam saepius, pingui stipendio percepto, causas defendit in foro ecclesiastico, si nollet acceptare in casu particulari causam pauperis defendendam, posset suspendi ab exercitio advocaturae in foro ecclesiastico. Quae confirmantur ex Lege propria Rotae, ubi can. 45. § 2. dicitur: « Tenentur insuper, de mandato Decani Sacrae Rotae aut Cardinalis Praefecti Signaturae Apostolicae, gratuitum patrociniū aut gratuitam assistentiam praebere iis quibus Sacra Rota aut Signatura Apostolica hoc beneficium concesserit. » Et quamvis hic non sit sermo de poena, casus tamen iste comprehensus videtur in iis, quae in canone sequenti statuta sunt, in quo Collegium advocatorum consistorialium constituitur in *collegium disciplinae* ad continendos in officio advocatos, qui ex voto eiusdem Collegii a S. Rota reprehensionis nota inuri, poena pecuniaria multari, suspendi vel etiam ex albo advocatorum expungi possunt. Quod munus collegii seu consilii disciplinae pro advocatis Curiae Romanae Collegio advocatorum consistorialium iam fuerat commissum ex cit. Regul. Greg. XVI. § 245.

(59) L. 1. § 1.; L. 3. § 2. D. de praevaric. XLVII. 15.

(60) L. 5. cod. h. t.; *Leuren* h. t. q. 983. n. 3.; *Tancred.* l. c. § 2.; *Durantis* l. c. n. 9. 13.; Lex propria Rotae can. 45. § 3. Quae prohibitio data est, non quasi ex natura rei existat, sed quia ex communiter contingentibus, vel saltem saepe, solet efficere ut advocati *per fas et nefas* studeant vincere in causa.

(61) Cfr. v. g. *Schmalzgr.* h. t. n. 18.



vehiculorum, aut ordinarie plane obsoleta et antiquata habenda sunt in utroque foro.

Ex variis illis iuribus et privilegiis advocatorum etiamnum practici momenti sunt :

I. Ius advocati a suo cliente petendi salarium vel honorarium (62). Quod si necesse sit, a iudice ecclesiastico est taxandum (63).

II. Porro nostra quoque aetate ius est defensoris, debitis sub cautelis, in cancellaria curiae episcopalis processum eiusque summarium inspiciendi, ut reum tueatur (64), et defensionem ante causae ipsius propositionem scripto exhibendi (ex Instr. 11. Iun. 1880. art. 32.) et respondendi denuo in scriptis ad conclusiones promotoris iustitiae (65); die qua causa proponitur, intersit necesse est defensor accusati, atque non nisi post votum procuratoris iustitiae et deductiones defensionis profertur sententia (66).

III. Denique causa per appellationem ad superius tribunal delata, saepe defensori tradendus est restrictus processus, qui a iudice relatore conficitur, neque novae allegationes sive defensiones in forma legitima propositae sunt interdictae. Ita statutum v. gr. fuerat pro causis per appellationem delatis ad S. Congr. Episc. et Reg. (67).

211. Obligationes (68) advocatorum ecclesiasticorum gene-

(62) Cfr. L. 1. §§ 10. 12. D. de extr. cogn. L. 13.; *Tancred.* l. c. §§ 3. 4; Cfr. de honorariis advocatorum taxatis in Edicto Card. Gamberini § 452. sq., in Lege propria Rotae App. cap. 3. *Tancredus* autem l. c. § 3. monet ante litis contestationem *conveniendum* esse de salario inter advocatum et partem; § 4. vero tradit maximam illam summam 100 aureorum ex iure Romano non iam esse observandam; sed « hodie quilibet advocatus *pacisci* potest de salario cum clientulo suo secundum utriusque placitum consensum, dummodo de certa parte litis non *paciscatur* ».

(63) *Droste* l. c. p. 58. Ita etiam in Lege propria Rotae l. c. n. 13. dicitur: « Harum omnium taxarum motio, seu *liquatio*, facienda est ad tramitem communis iuris a Praeside tribunalis ».

(64) Cap. 24. X. de accus. V. 1.

(65) Cfr. cit. Instr. art. 35.; Instr. S. C. de Propag. pro Stat. Foed. Am. Sep. art. 33.; Instr. Prag. § 79.

(66) Cfr. Instr. 11. Iunii 1880. art. 34. 35.

(67) Cfr. S. C. Ep. et Reg. 18. Dec. 1835. art. 7. 8. Ut autem hae allegationes seu defensiones imprimantur, saepe necesse est habere veniam sive a Iudice relatore (cfr. Instr. cit. S. Congr. Episc. et Reg. art. 8.) sive a Ponente vel eius studii adiutore, quemadmodum constitutum est in Lege propria Rotae can. 29. § 3.

(68) Editto Card. Gamberini § 239. sq. de consilio disciplinae, quod vigilat de honestate et probitate advocatorum.

ratim sunt eadem ac advocatorum in foro saeculari (69). Quare: I. Scienter causam certo iniustam non suscipiat nec defendat advocatus ecclesiasticus, alias tenetur ad restitutionem damni illati tum parti laesae tum clienti, si illum decepit dicens causam esse iustam (70).

II. Causa iusta sponte suscepta aut ex officio imposita, advocati est diligenter omnia inquirere, neque quidquam omittere, quae causae patrocinio sive quoad ius sive quoad facta prodesse possunt (71). Memor sit modestiae atque ab iniuriis et probris absteineat, legum vi et rationum pondere adversarium impugnet (72). Intra veritatis et iustitiae limites summa cum religione sese contineat, vitet falsas iuris allegationes et perversas legum interpretationes nec producat falsa instrumenta aut testes falsos vel corruptos et iurgium ex industria non protrahat (73).

III. Denique fidelitatem et silentium servet clienti suo, imo defensor oneri secreti iurati subiici potest, si Ordinarius aestimet naturam causae id requirere (74). Quare si cum adversario vel eius advocato colludat vel causam prodat, tanquam praevaricator et reus criminis falsi puniri potest (75). Quae fidelitas etiam illud exigit, ut causa semel suscepta invito cliente non deseratur ab avvocato, nisi reperiatur iniusta (76), sed usque ad finem perducatur (77). Similiter ab immodico honorario poscendo abstinendum est avvocato (78).

212. Quas obligationes ut eo certius advocatus impleat, ex dispositionibus iuris Romani initio cuiusque litis denuo iuramentum emittere debuit (79). At recte iam notavit *Schmalzgr.* h. t. n. 17. modo sufficere, si ab initio suscepti officii iuramento sese obstringat, nisi speciali iure velut pro defensore publico matrimonii aliud caveatur. Professio fidei, quamvis

(69) *Devoti*, Ius eccles. h. t. § 4.; *Lugo*, De iust. et iure disp. 41.

(70) L. 14. § 1. Cod. de iud. III. 1.; *Schmalzgr.* h. t. n. 15. sq.; *Pirhing* h. t. n. 22.

(71) L. 14. § 1. Cod. de iud. III. 1.; *Hostiens.*, Summa h. t. n. 5.

(72) L. 6. § 1. Cod. h. t.; Instr. *Card. Rauscher* § 143.

(73) L. 13. § 9. Cod. de iud. III. 1.; L. 6. § 4. Cod. h. t.

(74) L. 14. § 1. Cod. de iud. III. 1.; Instr. 11. Iun. 1880. art. 32.

(75) L. 1. § 1. D. de praevaric. XLVII. 15.; L. 212. D. de V. S. L. 16.; L. 4. § 4. D. de his qui not. inf. III. 2.; L. 1. § 6. D. ad leg. Corn. LXVIII. 10.; L. 33. § 8. D. de poen. XLVIII. 19.

(76) L. 14. § 1. Cod. de iud. III. 1.

(77) L. 13. § 9. Cod. de iud.

(78) L. 5. Cod. h. t.

(79) L. 14. § 1. Cod. de iud. III. 1.

laudabiliter ab avvocato ecclesiastico emittatur, tamen iure communi non est praescripta, ut videtur opinari *Bouix* l. c. I. p. 238.

## TITULUS IX.

### DE PROCURATORIBUS

(*Lib. 1. tit. 38. de procuratoribus*).

**213. Fontes:** Inst. IV. 7., quod cum eo, qui in aliena potestate est, gestum esse dicitur; IV. 10. de his per quos agere possumus; Dig. III. 3. de procuratorib. et defensorib.; XVII. 1. mandati; Cod. II. 13. de procuratorib. — Dist. 89.; C. V. q. 3. — Cpl. I. I. 29.; Cpl. II. I. 18.; Cpl. III. I. 22.; Cpl. IV. I. 16.; Cpl. V. I. 22. de procur. — Decretal. Gregorii IX. l. 38.; Bonif. VIII. l. 19.; Clem. V. l. 10. de procur. — Ben. XII. Const. « *Decens* » 26. (7.) Oct. 1340.; Bened. XIV. Const. « *Inter conspicuos* » 29. Aug. 1744. — Instr. S. C. Ep. et Reg. 11. Iun. 1880. art. 30. (1).

**Scriptores:** Commentatores iur. Rom. in cit. tit.; *Arndts-Serafini* l. c. § 43. 77. 112. 254. sq.; *Vering*, Gesch. u. Pand. § 112.; *Van Welter*, Cours élém. de droit rom. § 125.; *Keller* l. c. § 52. sq.; *Accarias* l. c. II. n. 630. sq. — Commentatores iuris Decretal. — *Devoti*, Inst. can. lib. III. tit. 3. de procuratorib.; *Zech*, l. c. tit. 7. de procur.; *Tancred.* l. c. P. I. tit. 6. de procurator.; *Gratia* l. c. P. I. tit. 8. de proc. et synd.; *Durantis* l. c. lib. I. part. 3. tit. de procuratore; *Bouix* l. c. tom. I. p. 187.; *Lega* l. c. I. n. 114. sq.; *Droste* l. c. p. 59.; *Muenchen* l. c. tom. I. p. 290. sq.; *Schulte*, Eheprocess § 27.; *Bianchi*, Sull'esercizio delle professioni di avvocato e di procuratore, Torino, 1884.; *Guillouard*, Traité des contrats aléatoires et du mandat, Paris, 1893.; *Tarducci*, Sulla produzione giudiziale del mandato alle liti. In Riv. univ. di giurispr. 1889.; *Bouissou*, De la responsabilité des mandataires *ad lites* et des administrateurs de biens, tuteurs, curateurs etc., 1892.

### Praenotiones.

**214. Connexio materiae.** Quemadmodum litigatores iura sua personaliter tueri forte neque possunt neque volunt, sed ad advocatos defensoresque confugiunt, ita fieri potest, ut ne personaliter quidem sese iudicio sistere possint aut velint. Quare legibus et canonibus cautum est, ut actores vel rei, exceptis casibus a iure determinatis, vices suas alteri committere atque per procuratores agere vel respondere possint (2).

(1) Cfr. quoque Editto Card. Gamberini § 246. sq. Dei procuratori; § 464. sq. Funzioni dei procuratori. De procuratoribus in Curia Romana consulendae sunt praeter citatas constitutiones Benedicti XII. et Benedicti XIV., Pauli III. Const. a. 1548., Pauli V. Constit. a. 1613., de quibus in nota 11.

(2) Cfr. *Durantis* l. c. I. I. partic. 3. tit. de his qui alieno nomine in iudicio interveniunt; *Bouix* l. c. I. p. 188.; *Wetzell* l. c. § 9.

**215. Definitio et divisio.** Procurator generatim est is, qui aliena negotia mandato domini administrat (3).

Procuratores dividuntur:

1. In *iudiciales*, qui ad causas alieno nomine in iudicio prosequendas constituuntur (atque de his procuratoribus potissimum est in libro de iudiciis agendum), et in *extraiudiciales*, qui ad negotia extra iudicium gerenda deputantur.

2. In *generales* et *speciales*. Illi constituuntur ad omnia negotia omnesque lites sive simpliciter aut addita clausula "cum libera", potestate administrandi (4); hi ad certum tantum negotium vel certam litem litisque partem.

3. In *principales*, qui ab ipso domino demandantur et in *substitutos*, quos procurator principalis deputat.

4. In procuratores collectivos aut *simpliciter* constitutos aut in *solidum* deputatos. In priori casu unus procurator sine aliis admitti non debet, in altero praeventioni est locus, ita ut ceteri maneant exclusi, nisi aliter in mandato cautum fuerit (5).

5. In procuratores in *rem alienam*, qui sustinent causam in utilitatem mandantis, et in *rem suam*, qui alienum negotium in proprium commodum gerunt.

6. In procuratores *necessarios*, qui ipsa iuris dispositione sunt designati, et in *liberos*, qui sponte a partibus eliguntur.

7. In procuratores assumptos ex mandato *vero* aut ex mandato *praesumpto*.

**216. Notae historicae.** Cum Ecclesia in suo foro non paucas leges romanas de procuratoribus adoptavit, quae fuerint antiqui iuris Romani hac in re ordinationes, breviter insinuandum est. Quamdiu vigeant legis actiones, sancita fuit regula: "Nemo alieno nomine lege agere potest" (6) et procuratores partium tantum in certis casibus a iure exceptis admittebantur (7). Introducto processu per formulas, facilius iam partes

(3) L. 1 § 2. Dig. h. t.; Schmalzgr. h. t. n. 1.; Pirhing h. t. n. 1. sq.; Leuren h. t. q. 987.; Tancred. l. c. § 1.

(4) L. 58. 63. Dig. h. t.; cap. 4. h. t. in Sext.

(5) Cap. 6. h. t. in Sext.

(6) L. 123. pr. D. de R. I. L. 17. Cuius regulae ea fuit ratio, quod verba praescripta in eo, qui illa proferre debebat, supponebant personalem connexionem cum iure controverso. Cfr. etiam Gaius IV. 82.; pr. Inst. de iis per quos IV. 15.

(7) Cfr. Vering, Gesch. u. Pand. § 112.; Keller l. c. § 54. Antiquo iure populorum germanicorum, ut quis per procuratorem staret in iudicio, non fuit permissum, et in iis provinciis Franciae, quae dicebantur "pays de

sibi procuratores constituere poterant, at non instar nuntiorum, sed tanquam vere vices absentis domini tenentes, ita ut lite contestata fierent domini litis (8).

Quo iure agendi vel respondendi per procuratores ne abuterentur partes, cautio de rato exigì a procuratore actoris potuit (9), et a rei sive accusatoris procuratore cautio iudicatum solvi (10).

Huiusmodi constitutiones iuris Romani etiam in foro ecclesiastico observari coeptae sunt. Hinc iam Gregorius M. (a. 602. cfr. cap. 1. h. t.) statuit, neminem ut procuratorem esse admittendum, nisi legitimum habèat mandatum, et ex decreto Gratiani C. V. q. 3. in causis criminalibus, neque pro accusatore neque pro accusato, admittuntur procuratores. Id quod confirmatur cap. 15. X. de accus. V. 1. "Licet.... nec procuratores eius in causa possemus recipere criminali... Maxime vero cap. 1. § 1. cap. 2. 5. h. t. in Sext. referunt vestigia antiquae legislationis Romanae v. g. de dominio litis. Denique solutis aliis dubiis de procuratoribus a Bonifacio VIII., reliquis capitibus h. t. in Sext. et a Clem. V. h. t. in Clem. universum ius ecclesiasticum in hac re adeo fuit definitum, ut vix quidquam novi postea fuerit addendum (11).

droit coutumier » ex sola regis concessione per procuratorem quis in iudicio intervenire potuit iuxta iuris regulam: « Le roi notre sire baille grâce à plaider par procureur ».

(8) L. 11. pr. D. de doli mali exc. XLIV. 4. in qua dicitur: « Litis contestatione res procuratoris fit eamque suo quodammodo nomine exequitur ». L. 4. § 5. D. de appell. XLIX. 1. in qua dicitur: « Procurator lite contestata dominus litis efficitur ». Ideo in formula intentio referebatur ad dominum, condemnatio ad procuratorem. L. 22. 23. Cod. II. 13.

(9) L. 1. Cod. h. t. II. 13.

(10) L. 46. § 2.; L. 51. § 2.; L. 52. 53. D. h. t.

(11) Procuratores, qui in Curia Romana v. g. coram Auditoribus Rotae partium causas susceperunt, iam commemorantur a Bened. XII. Const. « Decens » 26. (7.) Oct. 1340., atque ex antiquo tempore formatum est collegium patrorum causarum Palatii Apostolici, quamvis hoc erui nondum possit ex citata Const. Bened. XII. Quod nomen Patroni de collegio sortiti sunt, quoniam ius obtinuerant exclusivum agitandi causas in Rota sive in auditorio S. Palatii Apostolici. Paulus V. a. 1613. collegium procuratorum, peraeta reformatione, ad 24 socios reduxit. Crescente numero litium, cui patroni de collegio non sufficiebant, adlecti sunt « Procuratores rotales ». Cfr. Bened. XIV. Const. « Inter conspicuos » § 28. Denique in Curia Romana simplices quoque existunt procuratores; in quibus non requiritur doctoratus, sed sufficit theoretica iuris cognitio et practica eruditio. Cfr. Card. De Luca († 1683.), Relatio Curiae Rom. (Theatr. verit. et iust.); Bangen l. c. p. 68. sq.; Editio Card. Gamberini §§ 254. 256. 258. 248.; Erler l. c. p. 8. Fuerunt quoque procuratores audientiae contradictarum.



## § 1. DE IURE ET OBLIGATIONE CONSTITUENDI PROCURATOREM.

217. Quicumque a iure non prohibetur, is tum ad universum processum tum ad particulares actus iudiciales procuratorem sibi constituere potest (12), sed nemo cogi potest in gravibus causis deputare procuratorem, nisi speciali iure aliud cautum sit (13).

Hinc vel ipse iudex delegatus a Sede Apostolica sine mandato speciali iubere non potest alterutram partem coram se personaliter in iudicio comparere, nisi causa fuerit criminalis, vel nisi pro veritate dicenda, vel pro iuramento calumniae faciendo, vel ob aliam causam ius exegerit partes coram iudice personaliter praesentari (14). Quodsi iudex personalem praesentiam partium legitime exigat, litigatores sese tribunali sistere (15) tenentur, licet advocatos vel procuratores suos secum adducere possint. Quo in casu, quid partes declarent,

Cfr. *Erler* l. c. p. 212. « Die XVI. mensis Iulii receptus fuit in procuratorem audientiae et Romanae Curiae Magister Willelmus Larodnar, clericus Eboracensis dioecesis, anno quinto Domini Nostri Bonifatii Papae VIII. ». Paulus III. patronis de collegio a. 1548. proprium dedit locum post advocatos consistoriales, ita ut in capellis papalibus, quae celebrantur in Palatio Apostolico, duos tantum e suo collegio deputari possint, at totum collegium in aliis functionibus papalibus illum locum honoris occupat. Cfr. *Bangen* l. c. p. 68. 69. Procuratoribus de collegio solis permissum est, ut in causis beatificationis et canonizationis officium procuratoris exerceant. Praeterea Romae nemo admittitur ad officium notarii vel simplicis procuratoris, nisi coram hoc collegio procuratoris examen subierit et superaverit. Denique ex procuratoribus de collegio assumebatur procurator fisci et procurator Camerae atque commissarius Camerae. Cfr. *Hinschius* l. c. I. p. 389. 411.; *Bangen* l. c. p. 68. Procuratores de collegio constituerunt etiam cameram disciplinae pro procuratoribus tribunalium Romanorum. Ed. Card. Gamberini § 282.

(12) L. 43. § 1. D. h. t.; L. 17. § 20. D. de iniur. XLVII. 10.; L. 26. Cod. h. t.; cap. 2. X. h. t.; cap. 1. de iudic. II. 1. in Sext.

(13) Cfr. cit. cap. 2. X. h. t.; *Leuren* h. t. q. 989. 990. 994.; *Tancred.* l. c. § 3. Cfr. de personis illustribus L. 25. Cod. h. t. et Novell. 71. cap. 1.; de iure moderno *Renaud* l. c. § 66.; Greg. XVI., Regol. giud. § 400. sq. § 541. sq.; Editto Card. Gamberini § 246.: « Nelle cause innanzi gli assessori ed altri giusdicenti di Roma le parti saranno sempre rappresentate dai procuratori »; *Bened. XIV.*, De beatif. et canoniz. lib. I. cap. 19. n. 11. sq.; Cod. proc. civ. Ital. art. 156. 158.-161.

(14) Cap. 1. de iud. II. 1. in Sext.; *Passerin.* l. c. in h. cap.

(15) Sed suae fuerunt quoque exceptiones. Cfr. Novell. 79. praef. cap. 1.; Novell. 123. cap. 27., quod monastriae (moniales) non debeant a monasterio abstrahi, sed per procuratorem debeant respondere (Arch. f. k. KR. t. 38. p. 24.).

non advocatorum vel procuratorum depositio attenditur (16). Maxime vero in causis matrimonialibus de separatione thori et cohabitationis vel de vinculi valore, in singulis processus partibus, iudex ecclesiasticus personalem partium praesentiam exigere valet (17).

Denique plane necessaria est praesentia partium, ubicunque ipsa legis dispositione personales litigatorum actus requiruntur, velut in praestandis iuramentis (18), excepto iuramento calumniae, quod per procuratorem, mandato speciali munitum, ex iure Decretalium emitti potuit (19).

218. In specie procuratorem constituere possunt neque ullo iure prohibentur:

1. Muti et surdi; id enim facere possunt scriptura vel aliis signis externis (20). Imo cum iidem *per se* agere vel respondere ex iure Romano non possint in iudicio, procuratorem sibi constituere tenentur (21).

2. Minores, qui non habent curatorem, et ut habeant non coguntur, ad negotia extraiudicialia, cum etiam contrahere possint (22). Imo in causis spiritualibus et dependentibus ab eisdem, minores 25. annis et maiores 14. annis, ut in iudicio ecclesiastico agere seseque defendere, ita ad agendum et defendendum procuratores pro suo arbitrio constituere possunt (23).

3. Filiifamilias ad negotia extraiudicialia, quatenus contrahere possunt; imo etiam in iudiciis ad defendendum et saltem certis in casibus ad agendum (24).

4. Rector ecclesiae vel beneficii, cum in iudicio agere possit etiam in rebus arduis saltem cum consensu et approbatione competentis Superioris ecclesiastici, facultate quoque sibi constituendi procuratorem praeditus est (25).

(16) Cfr. Instr. Card. Rauscher § 143.; Instr. Prag. (a. 1869.) § 17.

(17) Cap. 14. X. de iud. II. 1.; cap. 2. de iud. II. 1. in Clem.; cap. 2. de V. S. V. 11. in Clem.; Instr. Card. Rauscher §§ 143.-146. 217. sq.; Schulte, Eheprocess §§ 4. 27.

(18) L. 12. § 4. Cod. de reb. cred. IV. 1.; Novell. 124. cap. 1.

(19) Cap. 3. 6. X. de iur. cal. II. 7.; cap. 2. 3. de iur. cal. II. 4. in Sext.; cap. 2. de testib. II. 10. in Sext.

(20) L. 43. pr. D. h. t.

(21) L. 1. § 3. D. de postul. III. 1.

(22) L. 43. § 3. D. h. t.

(23) Cap. 3. de iud. II. 1. in Sext.: "Et nota, quod interdum minor viginti annis potest dare procuratorem, scilicet cum talis sit causa, in qua ipse in persona propria litigare possit, puta in causa matrimoniali .. Ita Tancredus l. c. § 3.

(24) L. 8. D. h. t.

(25) Cap. 9. h. t.

5. Denique Praelatus eodem iure pollet in omnibus causis, quibus in iudicio agere et conveniri potest; nam quamvis dominus bonorum ecclesiasticorum non sit, sed tantum administrator, ita ut donationes liberales facere non possit (26), tamen liberam et generalem habet administrationem (27).

219. Libero et independenti iure sibi constituendi procuratores, propter iuris prohibitionem, generatim carent omnes, qui personam legitimam standi in iudicio non habent; speciatim vero prohibentur:

1. Pupilli et minores, qui curatorem habent, nisi concurrat tutoris vel curatoris auctoritas (28). Quod intelligendum est de causis non spiritualibus; nam in causis spiritualibus et dependentibus ab eis standum est dispositionibus cap. 3. de iud. II. 1. in Sext.

2. Filiifamilias ad agendum in iudicio, quia nec ipsi suo nomine in iudicio agere possunt, nisi in casibus a iure exceptis (29).

3. Excommunicati excommunicatione maiore vitandi, sicuti nec per se (30), ita nec per procuratorem *agere* possunt in iudicio ecclesiastico (31). At excommunicati *conveniri* possunt etiam in foro ecclesiastico, ne videantur de sua malitia commodum reportare. Quo in casu possunt, imo ordinarie debent per alium, i. e. per procuratorem, respondere in iudicio ecclesiastico (32).

(26) Cap. 2. X. de donat. III. 24.

(27) *Leuren* l. c. q. 989.; *Pirhing* h. t. n. 7. sq. *Tancredus* l. c. negat praelatum posse constituere procuratorem, "quoniam dominus non est rerum ecclesiae, sed dispensator seu procurator". At *Durantis*, Spec. l. l. part. 3. tit. de proc.; § Ratione n. 7. 8 testatur Tancredum in Apparatu contrariam opinionem professum esse, scilicet Praelatum et ante et post litem contestatam procuratorem constituere posse. Et sane haec altera sententia Tancredi est praefenda, cum ipsius argumentum pro priorae assertionis non concludat.

(28) L. 11. Cod. h. t. "Tutor vero procuratorem non det, nisi post litem contestatam et non antea, quoniam tunc factus est dominus litis". *Tancred.* l. c. h. t. § 2. At possunt ante litem contestatam constituere "actorem". *Pirhing* h. t. n. 14.

(29) L. 8. D. h. t.

(30) Cfr. c. 1. C. IV. q. 1. (Conc. Carthag. a. 419.); cap. 8. 12. de sent. excom. V. 11. in Sext.; cap. 12. X. de except. II. 25.; cap. 1. de except. II. 12. in Sext.

(31) Cap. 15. X. h. t.; R. I. 72. in Sext.; *Kober*, D. Kirchenbann p. 420. sq.; *Suarez*, De censuris disp. XVI. sect. 7. n. 4. sq.

(32) Cap. 7. X. de iud. II. 1.

4. Religiosi sine suorum superiorum licentia (33), exceptis casibus, quibus per se agere possunt in iudicio ecclesiastico (34).

5. Conventus sive capitula super bonis communibus. Nam eo in casu, cum agere non possint in iudicio, etiam sine Praelati consensu procuratorem constituere nequeunt, quia administratio spectat ad Praelatum; secus tamen dicendum, si bona capituli sint omnino divisa, nisi causa sit ardua, ad quam pariter sine consensu Praelati non videntur posse constituere procuratorem (35). Quod principium modo enuntiatum ad ipsum quoque Praelatum est applicandum, ideoque Praelatus ipse quandocunque agatur de illis rebus causisque arduis, quae concernunt statum ecclesiae vel alienationem bonorum, sine consensu capituli procuratorem constituere nequit (36).

## § 2. DE PERSONIS HABILIBUS AD OFFICIUM PROCURATORIS.

220. Regulariter, qui non prohibetur expresse, ad exercendum officium procuratoris idoneus debet reputari (37). Quare cum prohibitio in iure non reperiatur expressa, procuratoris officium suscipere possunt:

(33) Cfr. Cap. 3. h. t. in Clem. Imo non sufficit licentia Superioris, ut religiosus sit procurator, sed praeterea requiritur, ut adsit utilitas monasterii. Porro religiosus potest esse procurator, si ipse sit Superior, qui aliis licentiam dare potest. Quo in casu etiam in re sua potest esse procurator. At videndum, num forte statutis ordinis non sit provisum etiam supremum Superiorem forte pro sua persona ab aliis debere petere licentiam. Cfr. *Pirhing* l. c. n. 22. h. t. Et attende hic praescriptum iuris Romani iam supra insinuatam ex Novell. 79. praef. cap. 1.; Novell. 123. cap. 27.: „Si causa emerserit, ut admonitio aut executio inferatur pro qualibet pecuniaria causa sive publica sive privata clerico aut monacho aut *monastriae* aut cuicumque monasterio et maxime feminarum iubemus sine iniuria et cum competenti honore admonitionem fieri, non tamen *monastriam* monasterio abstrahi, sed per procuratorem ab eis ordinari, qui pro causa respondeat „ Cfr. quoque Archiv f. k. KR. t. 38. p. 24.

(34) Cap. 11. 26. X. de accusat. V. 1. Cfr. *Pirhing* h. t. n. 22.

(35) *Leuren* l. c. h. t. q. 990.

(36) *Durantis* l. c. § Ratione quoque. — Quum Princeps Monacensis in sua causa matrimoniali nihil curaret suam defensionem, ipsius pater constituit patronum causae in favorem filii. Cfr. Acta S. Sed. vol. XII. p. 404.

(37) Cap. 1. h. t. in Sext.; *Leuren* l. c. h. t. q. 991.; *Pirhing* h. t. n. 18. sq.

1. Filiifamilias, nedum ad negotia sed etiam ad iudicia absque patris assensu (38).

2. Laici, etiam in causis spiritualibus, tum ad agendum tum ad respondendum in iudicio ecclesiastico (39). Nam procurator iudicialis iurisdictionem ecclesiasticam non exercet, sed partibus suum exhibet ministerium. At in electione canonica Praelati laicus nequit constitui procurator (40).

3. Iuris scientia expertes gradibusque academicis carentes. Etenim nullibi in iure canonico saltem communi statutum est, solos viros iuris peritos, atque adeo graduatos, posse assumi procuratores, cum procuratores, advocatorum consiliis adiuti, iuris scientiae defectum supplere possint; ergo quoniam prohibitio non exstat, locum habet regula stabilita cap. 1. h. t. in Sext. (41).

221. Prohibentur absolute ab officio procuratoris suscipiendo, tum ad negotia tum ad lites:

1. Amentes et furiosi (42).

2. Minores 17. annis (43).

3. Infames (44).

Speciatim vero ab officio procuratoris iudicialis prohibentur:

1. Muti surdi et caeci (45).

(38) Cap. 14. X. h. t.; cap. 5. h. t. in Sext. Cfr. de filiisfamilias etiam L. 8. pr. i. f.; L. 33. pr. D. de procur. III. 3.; L. 6. § 3. i. f. D. quod cuius univ. III. 4.; L. 18. § 1. D. de iud. V. 1.; L. 17. D. de reb. cred. XII. 1.; *Savigny*, System II. p. 97. 98.

(39) Cap. 1. h. t. in Sext.

(40) *Leuren* l. c.

(41) Cfr. *Schmalzgr.* l. I. tit. 37. de postul. n. 3.; *Schulte*, Eheprocess § 27. Editto Card. Gamberini § 248.: « Coloro che vorranno essere ammessi come procuratori presso i tribunali civili delle provincie, dovranno avere l'età di anni 25. compiuti, ed esibire: 1. i certificati prescritti dal n. 1. al 3. e dal 6. del § 229. (Il certificato di battesimo, di cresima e di sudditanza pontificia, quello di aver sortito una nascita onesta e civile; di aver sempre tenuta una irreprensibile condotta religiosa, politica e morale; quello di idoneità da rilasciarsi dal consiglio di disciplina. 2. il diploma della licenza ottenuta da una università dello stato. 3. La prova di aver fatto per due anni almeno l'esercizio della procedura forense presso un procuratore approvato di un tribunale civile o di appello ».

(42) L. 2. D. h. t.

(43) Cap. 5. § 2. h. t. in Sext.

(44) c. 2. § 2. C. III. q. 7. Iure canonico generatim « infames » non possunt constitui procuratores. Cfr. c. 1. C. III. q. 7.; § 11. Inst. de except. IV. 13.; *Savigny*, System II. 25.; *Wetzel* l. c. § 10. p. 80.

(45) L. 43. pr. D. h. t.; L. 1. § 5. D. de postul. III. 1.; c. 2. § 2. C. III.



2. Minores 25. annis de iure canonico (46).
3. Feminae nisi in casibus a iure exceptis (47).
4. Rei de crimine antequam probent suam innocentiam (48).
5. Excommunicati (49).
6. Religiosi sine licentia suorum superiorum, nisi pro suo in eadem lite consorte (50).
7. Clerici et sacerdotes iisdem in casibus, quibus advocati existere nequeunt, etiam ab officio procuratoris excluduntur (51).

q. 7. Muti et surdi ab aliis negotiis tamquam procuratores non erant exclusi. Cfr. L. 43. princ. : « Mutus et surdus.... forsitan et ipsi dantur non quidem ad agendum, sed ad administrandum ».

(46) Cfr. cap. 5. h. t. in Sext.

(47) L. 2. pr. D. de R. I. L. 17.; § 11. Inst. de except. IV. 13.: L. 54. pr. h. t. L. 4. 18. Cod. h. t.; c. 2. § 2. C. III. q. 7.; *Schmalzgr.* h. t. n. 10.

(48) L. 6. Cod. h. t.; c. 2. § 2. C. III. q. 7.; *Leuren* l. c. q. 993.; *Schulte* l. c. Cfr. de exceptionibus, quibus feminis procuratio est permissa: L. 41. D. h. t.; L. 3. § 2, D. de lib. caus. XL. 12.; L. 1. § 1. D. de app. recipiend. XLIX. 5. Cfr. quoque de impeditis feminis a defensione per S. C. Velleianum L. 2. § 5.; L. 3. D. ad S. C. Vell. XVI. 1.

(49) Cap. 7. X. de iud. II. 1.; cap. 8. de sentent. excomm. V. 11. in Sext.; cap. 7. X. de prob. II. 19.; cap. 7. X. de except. II. 25. una cum partibus decisis.

(50) Cap. 3. h. t. in Clem.

(51) Novell. 123. cap. 6.; cap. 2. 4. X. ne clerici III. 50.; cap. 1. 2. 3. X. de postuland. l. 37.; *Leuren* l. c. q. 992. sq.; *Bouix*, De iud. eccl. l. p 193. sq.; Editto Card. Gamberini § 259.: « È vietato al procuratori d'intervenire in quelle cause, nelle quali debba dare il suo voto come giudice, il loro figlio, padre, avo, suocero, o fratello germano »; *Tancred.* l. c. § 4.; *Durantis* l. c. § Ratione igitur sui et causae. Milites non admittuntur nisi agant in rem suam vel nomine cohortis suae. Cfr. § 11. Inst. de except. IV. 1.; L. 8. § 2. L. 54. pr. D. de proc. III. 3.; L. 7. 9. 13. Cod. de proc. II. 13.; L. 5. Cod. de cond. ob caus. dat. IV. 6.; L. 31. Cod. de loc. IV. 65.; *Wetzell* l. c. p. 80. dicit milites tantum posse esse procuratores « in Sachen ihrer Compagnie »; at recte *Schmalzgr.* h. t. 10. addit « in rem suam ». Cui ius prohibitionis ea ratio assignari merito solet, quia publice interest milites propter privatorum negotia a militia non advocari. Quod si procurator est persona inhabilis, sententia lata non est irrita; at in omni parte processus, tum ex petitione alterius partis tum ex officio, talis procurator removeri potest. Idem valet si propter prohibitionem dominus a concedendo, procurator ab exequendo mandato impeditur. Cfr. cap. 12. X. de except. II. 25.; cap. 1. cod. II. 12. in Sext. De aliis autem effectibus, qui oriuntur in domino vel procuratore ex defectu standi in iudicio, cfr. *Wetzell* l. c. p. 81. et § 12. n. 36.

## § 3. DE CAUSIS PROCURATORI COMMITTENDIS.

222. Ad omnia negotia extraiudicialia omnesque causas iudiciales constitui potest procurator, nisi specialis prohibitio reperiatur expressa in iure. Nam edictum de procuratore constituendo est prohibitorium, imo de plerisque negotiis et causis id etiam expresse reperitur concessum (52). Quare nihil obstat, quominus procurator constituatur in omnibus causis contentiosis. tam ad agendum quam ad respondendum, sive spiritualibus sive temporalibus (53), et quando agitur de contrahendo matrimonio (54), et in causis beneficialibus, imo etiam in criminalibus, sed civiliter tantum intentatis (55).

223. Procurator rei sive accusati non admittitur in causis criminalibus (56) primae instantiae, saltem dum agitur criminaliter, et causa est instruenda (57); secus dicendum, si in secunda vel tertia instantia causa est disceptanda, aut, processu iam instructo, tantum perficienda est disceptatio finalis coram iudice ecclesiastico iuxta art. 30. cit. Instr. 11. Iun. (58).

224. Substitutio promotoris iustitiae in forma legitima facta, si ex officio accusatio procedat, iure canonico non est interdicta (59), imo accusator quoque privatus, cum iampridem per contrariam consuetudinem ablata sit poena talionis (60), etiam ab accusatione per procuratorem, in causis criminalibus, a iudice ecclesiastico non est repellendus (61).

## § 4. DE MANDATO SIVE DE MODO CONSTITUENDI PROCURATOREM.

225. Procurator ordinarie quis constituitur per mandatum a parte habili datum (62). Quare procurator in iudicio ad agen-

(52) R. I. 68. in Sext.

(53) Cap. 1. h. t. in Sext.

(54) Cap. 10. 15. X.; Instr. Card. Rauscher § 50.

(55) L. 42. pr. D. h. t.; cap. 5. h. t.; Pirhing h. t. n. 25. sq.; Tancred. l. c. § 5.

(56) Cap. 15. X. de accus. V. 1. cap. 1. de iud. II. 1. in Sext.

(57) Instr. 11. Iun. 1880. art. 21. sq.

(58) Cfr. de procurat. in caus. crim. Pirhing lib. V. tit. 1. de accusat. n. 30. sq.

(59) Droste l. c. p. 59.; Bouix l. c. I. p. 476.

(60) Cap. 5. h. t.

(61) Leuren h. t. q. 1000.; Schmalzgr. h. t. n. 21.; Bouix l. c. p. 213.

(62) L. 42. § 2. D. h. t.; cap. 14. X. h. t.; Bouix l. c. p. 213. sq.; Pirhing h. t. n. 34. sq. n. 46. sq. Mandatum potest dari ad unum processum sive ad

dum sine mandato domini non admittitur, nisi agere velii pro personis coniunctis non invitis in causa, quae mandatum speciale non requirat, et caveat de ratihabitione domini (63).

At ad defensionem rei quilibet sine mandato admittitur, etiam invito actore, modo satisdet de iudicato solvendo et legitimam habeat personam standi in iudicio (64).

226. Porro procurator constituendus debet esse persona certa, secus nullum atque irritum est mandatum. Quare si Titius et haeres eius constitueretur procurator, mandatum quoad haeredem, utpote incertum, non valet (65).

227. Nemo invitus constitui potest procurator (66), quia munus procuratoris privatum est, quod nemo invitus cogitur suscipere; at si officium procuratoris sit publicum, vi cuius quis certo tribunali est addictus et partibus praesto esse debet, multoque magis si procurator sit iustitiae, ad huiusmodi procurationis onera suscipienda cogi potest (67).

Invitus vero reputatur non solum is, qui mandatum suscipere detrectat, verum etiam is, cuius consensus non probatur. Nam procuratoris officium ordinarie per contractum mandati suscipitur, sed contractus mutuum requirit consensum. Qui consensus dari potest viva voce vel scripto, tacite vel expresse (68). Dato vero consensu, procurator postea nequit recusare onera officii suscepti, atque adeo cogi potest ad ea servitia in causis vel negotiis praestanda, ad quae mandatum acceptatum sese extendit.

228. Procurator dari potest absens, dummodo consentiat (69); ad litem futuram et praesentem; in diem vel sub con-

complexum negotiorum v. gr. ad administrationem omnium bonorum. L. 1., § 1.; L. 46. § 7.; L. 47. 48. 56. 58. 62. D. de proc. III. 3.; L. 12. D. de pact. II. 14.; L. 19. Cod. de proc. II. 12.; cap. 5. pr. I. 19. in Sext.

(63) L. 35. D. h. t.; L. 1. 21. Cod. h. t.; L. 2. Cod. de consort. eiusd. lit. III. 40.; L. 3. § 3. D. iudicat. solvi XLVI. 7.

(64) L. 12. Cod. h. t.; *Tancred.* l. c. § 1.; *Durantis* l. c. § Sciendum. Procurator praesumptus, qui sine mandato agit, non est verus procurator, sed potius negotiorum gestor. Cfr. *Wetzel* l. c. § 9. not. 37. Item procurator in rem suam, licet quoad formam mandatum accipiat, revera potius fit ipse sensu pleno dominus. Cfr. L. 42. § 2. D. de proc. III. 3.; L. 25. i. f. L. 28. L. 30. L. 55. D. eod.; L. 13. § 1. D. de pact. II. 14.; L. 17. § ult. D. de iureiur. XII. 2.

(65) L. 2. D. h. t.; *Leuren* l. c. q. 995.; Gloss. in cap. 1. h. t. in Sexto.

(66) L. 17. Cod. h. t.; cap. 7. h. t. in Sext.

(67) *Leuren* l. c. q. 996.; *Pirking* h. t. n. 37.; *Schmalzgr.* h. t. n. 17.

(68) Cap. h. t. in Clem.

(69) L. 2. § 1. D. h. t.; *Bouix* l. c. p. 213.

ditione, et usque ad diem (70), vel in perpetuum (71); porro unus vel plures dari possunt in eadem causa eodemque negotio vel simpliciter vel in solidum idque aut simul eodemque tempore aut diverso tempore. Quod si plures procuratores simul et simpliciter, non adiecta clausula "in solidum", deputentur, unus sine aliis non debet admitti (72); at si plures sint simul et in solidum constituti, illius melior est conditio, qui per litis contestationem negotium primitus occupavit (73). Denique si plures in solidum, sed diverso tempore constituti fuerint procuratores, per deputationem posteriorem in eadem causa tacite censetur revocatus prior procurator, si omnes fuerint speciales vel generales procuratores (74).

Ordinarie procurator constituitur per mandatum scripto datum (75), in quo exprimendum nomen domini constituentis et procuratoris constituti (76). Mentio fiat causae commissae, et contra quem agendum vel cui respondendum sit, et iudicis, in cuius tribunali causa sit disceptanda. Mandatum ipsum quoad ambitum accurate circumscribatur, et quo loco, anno, mense, die datum sit exprimatur, cum notarii, testium, constituentis domini subscriptionibus (77).

(70) L. 3. D. h. t.

(71) L. 4. D. h. t.; *Vering*, *Gesch. u. Pand.* §§ 84. 87.

(72) Cap. 6. h. t. in Sext. cum limitatione § 2. addita.

(73) L. 32. D. h. t.; cap. 14. X. h. t.; cap. 6. h. in Sext.

(74) L. 31. § 2. D. h. t.; cap. 14. X. h. t.; *Leuren* l. c. q. 998. n. 3.; *Tancred.* l. c. § 2.; *Durantis* l. c. § Ratione autem formae, § Ut autem.

(75) Cap. 1. X. h. t.; cap. 1. h. t. in Clem.

(76) Cap. 9. X. h. t.

(77) Mandatum ad litem tantum involvit facultatem ad actus iudiciales, non ad extraiudiciales, v. gr. ad accipiendam solutionem, ad transactionem etc. Quare ut procurator ad litem etiam legitimus sit ad actus extraiudiciales, requiritur aut mandatum speciale ad hoc, aut mandatum generale, quod hanc quoque facultatem includat. Cfr. L. 13. pr. D. de pact. II. 14.; L. 60. 73. D. de proc. III. 3.; L. 17. § ult. L. 18. 19. D. de iureiur. XII. 2.; L. 6. § 4. D. de conf. XLII. 2.; L. 86. de solut. XLVI. 3.; L. 7. Cod. de transact. II. 4. Cfr. quoque cap. 4. l. 19. in Sext. de differentia inter mandatum cum libera administratione et sine libera administratione.

Vicissim ad alios actus, licet iudiciales sint, tamen procuratori ad lites constituto necessarium est mandatum speciale; imo interdum personalis actio domini requiritur, ut ordinarie in iuramentis; cfr. L. 12. § 4. Cod. de reb. cred. IV. 1; Nov. 124. cap. 1.; cap. 1. de iud. II. 1. in Sext. Cfr. quoque de exceptionibus a regula de iuramento personaliter praestando *Wetzell* § 25. not. 30. 31. vel melius not. 29. 30. (scilicet iuramentum calumniae per procuratorem mandato speciali munitum praestari potest).

## § 5. DE IURIBUS PROCURATORIS.

**229.** Cum fons omnium iurium procuratoris sit mandatum ipsi a domino datum, ea sibi poterit vindicare iura, quae per legitimam interpretationem tenore mandati comprehenduntur (78). Quare si mandatum habeat generale, omnes actus perficere valet, ad quos mandatum speciale non requiritur (79).

At actus, qui mandatum speciale requirunt, perficere nequit, etiamsi " clausula generalis „ mandato sit adiecta, quod omnia negotia expedire possit, etsi mandatum speciale requirant. Quod si " clausula illa generalis „ sit addita, simulque exempli causa aliqui articuli enumerentur, ad quos alias mandatum speciale est necessarium, etiam pro aliis casibus disertis verbis non enumeratis procurator censetur esse legitimatus, modo non sint maiores et graviores expressis (80).

**230.** Mandatum speciale in procuratore requiritur, neque generale sufficit:

1. Ad causas criminales criminaliter intentatas (81).

2. Ad contrahendum matrimonium (82).

3. Ad praestandum iuramentum calumniae et de veritate dicenda (83).

4. Ad deferendum contrariae parti iuramentum vel ad transigendum, litis finiendae causa, vel ad paciscendum, nisi procuratori bonorum vel causae administratio libere sit concessa (84).

5. Ad donandum, etiamsi amplissimam habeat potestatem administrandi (85).

6. Ad ineundum compromissum (86).

7. Ad impetrandum rescriptum ad lites, nisi is, qui impetret, sit de personis coniunctis (87).

(78) L. 5. D. mandati XVII. 1.

(79) Cap. 4. 5. h. t. in Sext.; cap. 3. de off. vic. I. 13. in Sext.; cap. 2. h. t. in Clem.

(80) Cap. 4. h. t. in Sext.; cap. 2. h. t. in Clem.; *Pirhing* h. t. § 7.; *Leuren* l. c. q. 1008.; *Schulte*, Eheprocess § 27.

(81) Cap. 2. h. t. in Clem.; *Leuren* l. c. q. 1007.

(82) Cap. 9. h. t. in Sext.

(83) Cap. 3. de iur. cal. II. 4. in Sext.; cap. 2. h. t. in Clem.

(84) Cap. 4. h. t. in Sext.

(85) Cap. 2. X. de donatr. III. 24.

(86) Cap. 9. de arbit. I. 43.

(87) Cap. 28. X. de rescrip. I. 3.



8. Ad impetrandam absolutionem, v. g. ab excommunicatione vel ad obtinendam dispensationem, v. g. super defectu natalium.

9. Ad petendam restitutionem in integrum contra sententiam definitivam (88).

10. Ad impugnandam electionem vel provisionem beneficii propter crimina vel defectus personae electae vel provisoriae (89).

11. In re beneficiaria ad praesentationem et acceptationem praesentationis, ad electionem, collationem atque resignationem (90).

231. Speciale ius procuratoris ad lites est appellare (91) atque adeo a sententia contra ipsum lata non solum potest, sed debet appellare, si ita expedire videatur. Quodsi procurator iusta causa impediatur, saltem dominum monere debet, ut ipse ad appellationis beneficium convolare possit, si velit, ne sententia transeat in rem iudicatam et procuratori causa amissa imputetur (92). At procurator ad prosequendam appellationem a sententia definitiva in alio tribunali non tenetur, nisi in mandato id sufficienter sit expressum (93).

232. Procurator datus ad negotia extrajudicialia potest li-

(88) Cap. 7. X. de in integ. restitut. l. 41.

(89) Cap. 38. de elect. l. 6. in Sext.; cap. 2. h. t. in Clem.; cap. 1. § 2. de elect. l. 6. in Sext. iunct. Pii IX. Const. „*Apostol. Sedis*“, ubi suspensio cap. cit. l. non amplius reperitur ideoque abrogata est. Cfr. *Pirhing* h. t. n. 63.; *Reiffenstuel* h. t. n. 96.

(90) Cfr. *Leuren* l. c.; *Durantis* l. c.; Greg. XVI., Regol. giud. § 912. quod renuntiatio litis a procuratore tantum fieri possit „in virtù di speciale mandato“.

(91) L. 4. § 5. D. de appell. XLIX. 1.; L. 17. Cod. h. t.; cap. 14. X. h. t.

(92) Cap. 11. 14. X. h. t.; *Pirhing* h. t. n. 70.

(93) *Leuren* h. t. q. 1011.; *Pirhing* h. t. n. 68. De iure et respectiva obligatione applicandi remedia iuris cfr. *Wetzell* l. c. § 10. p. 83. Et sane in mandato procuratoris non videtur contineri, ubi remedium illud est potius nova et independens actio, velut actio iudicati, restitutio in integrum contra sententiam, quae transierit in rem iudicatam, querela nullitatis insanabilis. Cfr. *Wetzell* § 9. not. 16. At alia videntur contineri quae sententiae definitivae praecedunt, veluti restitutio contra interlocutoriam (cap. 7. X. de in integr. restit. l. 41.), appellatio. L. 4. § 5. D. de appell. XLIX. 1.; L. 2. pr. D. quando appell. XLIX. 4.; L. 17. Cod. de procur. II. 13.; cap. 14. X. eod. l. 38. Procurator actoris potest admittere reconventionem, si praestet cautionem iudicatum solvi; at quod ad hoc teneatur nititur dispositionibus specialibus in favorem rei. Cfr. L. 33. § 3. 4. l. 43. § 6. D. de procur. III. 3.; L. 5. Cod. eod. II. 13.; *Wetzell* § 10. not. 25.

bere sibi alium substituere (94); si ad lites fuerit constitutus, in quibus contestatio litis non est necessaria, et procurator fit dominus litis, quamprimum tractari coeptum est de meritis causae, pariter alium sibi substituere non prohibetur, at si datus sit ad lites, in quibus opus est litis contestatione, ante eandem alium sibi constituere nequit, nisi datus sit procurator in rem suam vel expresse a domino receperit potestatem substituendi. Post litem contestatam, cum procurator iam factus sit dominus litis, iure alium substituendi potitur, nisi speciali domini prohibitione impediatur (95).

233. Iure suo requirit procurator, ut mandans actus a procuratore gestos, modo ne limites mandati fuerint violati, tum pro se tum contra se recognoscat, et ut adversarius ipsum tanquam vices gerentem domini admittat (96).

234. Denique procurator a domino suo merito exigit, ut sibi compensentur omnes expensae occasione mandati commissi accurateque servati bona fide factae, quamvis in deputatione procuratoris expresse nihil cautum sit (97). Item procuratori omnino solvendum est salarium, de quo conventum est, aut, si procurator publice fungatur hoc officio, honorarium a lege (98) taxatum (99).

(94) Editto Card. Gamberini § 260. sq. de iure procuratorum sibi alios substituendi; Gregorii XVI. Regol. giud. § 547. de subrogatione novi procuratoris.

(95) Cap. 1. h. t. in Sext.; *Leuren* h. t. q. 1012.; *Pirhing* h. t. n. 72. sq.

(96) Reg. iur. 72. V. 12. in Sext.; cap. 14. X. de iud. II. 1.; et de processu matrim.: Instr. Card. Rauscher § 143.; *Schulte*, Eheprocess § 26. p. 100. § 27. p. 105. Cfr. *Pirhing* l. c. h. t. 78. sq. de effectibus mandati procuratorii et quomodo factum procuratoris domino prosit vel noceat. *Tancredus* l. c. § 7.: « Effectus procuratoris est, ut ratum sit quidquid cum eo agitur (cap. 1. X. h. t.; L. un. Cod. de satisd. II. 57.). Et licet revocatum sit mandatum, dummodo adversarius ignoret revocationem, ratum est, quod cum eo gestum est, ut in praedicta lege dicitur. Sed si adversario sciente revocatum sit mandatum, non valet quod post revocationem cum eo geritur ». Cfr. cap. 2. 4. X. h. t.; L. 18. L. 38. § 1. D. de solut. XLVI. 3. Cfr. quoque bonas et eruditas notas, quas Bergmann huic textui Tancredi subiungit. Cfr. quoque de eodem iure procuratoris: L. 27. § 4. L. 56. § 4. D. mandati XVII. 1.; L. 25. i. f. L. 30. D. de proc. III. 3.

(97) L. 46. §§ 5. 6. D. h. t.; L. 4. Cod. mand. IV. 35.; cap. 6. X. h. t.; c. 2. C. XII. q. 4.

(98) Editto Card. Gamb. § 464. sq. de taxis procuratoribus solvendis.

(99) Cfr. *Pirhing* h. t. n. 85. sq. Quod si specialis facta sit conventio de honorario forte infra taxam legalem solvendo, huic conventioni speciali standum est. Cfr. L. 6. pr. L. 7. D. mandati XVII. 1.; L. 1. Cod. eod. IV. 35. Promissio indeterminati honorarii est nulla et irrita. Cfr. L. 56. § 3. D. mandati; L. 17. Cod. eod. In Const. « *Decens* » Bened. XII. iuxta textum ab

## § 6. DE OBLIGATIONIBUS PROCURATORIS.

235. Procuratoris officium imprimis est suum praesentandi mandatum (100). Quod mandatum ordinarie non praesumitur, sed a procuratore est probandum, cum sit res facti, facta autem non praesumantur (101).

Alioquin actus gestus a procuratore, vigore mandati asserti nec probati, nihil operatur (102), imo si mandatum procurator probare non possit, tenetur etiam ad damna compensanda alteri parti illata, quam iniuste vexavit.

Optimasane probandi ratio est exhibitio instrumenti autentici de mandato concesso (cap. 1. h. t.). Nihilominus probari quoque potest mandatum per testes (103) aut per praesumptiones, production instrumentorum et iurium servientium causae, si ea alicui tradita fuerint a domino (104).

Quodsi procurator mandato careat neque fidem de illo facere possit, saltem ad agendum in iudicio non admittitur, licet cautionem praestet dominum a se gesta rata habiturum esse (105). At ad defensionem rei etiam absque mandato et invito actore admittitur, modo satisdet de iudicato solvendo et legitimam habeat personam standi in iudicio (106). Nam " publice utile est absentes a quibuscumque defendi „, ut dicitur in L. 33. § 2. D. h. t. (107).

Personae vero coniunctae ad agendum quoque in iudicio pro personis sibi coniunctis admittuntur etiam sine mandato, nisi speciale mandatum requiratur aut constet de contraria voluntate domini, quoniam praesumptio fundata in illa coniunctione debet cedere veritati, per contrariam voluntatem domini certo probatae (108). Huiusmodi personae coniunctae

*Erlor* (D. Liber Cam. Apostol. n. I. 1380. p. 201.) relatum distinguuntur quoad salarium advocati a procuratoribus. - Procuratores vero causarum, qui in romana Curia (sunt), medietatem salariorum, quae secundum moderationes praedictas recipiunt advocati, possint recipere et non ultra ..

(100) *Gregor.* XVI., *Regol. giudiz.* §§ 401.-405. 554. 555. 556.

(101) *Cap.* 1. de const. I. 2. in *Sext.*; L. 1. 23. *Cod. de prob.* IV. 19.

(102) *Arg. ex cap.* 31. X. de off. et pot. iud. deleg. I. 29.

(103) *Cap.* 10. X. de fide instrum. II. 22.; L. 15. *Cod. eod.* IV. 21.

(104) *Cap.* 34. X. de off. et p. i. d. I. 29.

(105) *Cap.* 1. X. h. t.; L. 24. C. h. t.

(106) L. 40. § 2. L. 76. D. h. t.; L. 12. *Cod. h. t.*

(107) *Cfr. Muechel* l. c. p. 69. de cautione a procuratore praestanda et

*Pill. et Tancred.* ibidem citatos.

(108) L. 35. pr. D. h. t.

sunt liberi, parentes, fratres, affines omnesque coniuncti usque ad quartum gradum (109).

236. Procuratoris est mandatum sibi commissum certoque probatum fideliter exequi iuxta limites potestatis datae (110). Porro debet procurator a sententia contra ipsum lata appellare, si causae expedire videatur, vel, si iusta causa eum excusat, saltem domino contestari, ut ad appellationis beneficium convolet, licet appellationem prosecui non teneatur invitatus (111). Denique dominum indemnem facere debet propter damnum per dolum vel negligentiam illatum (112).

#### § 7. DE CESSATIONE POTESTATIS ET OFFICII PROCURATORIS.

237. Potestas et officium procuratoris expirant:

I. Morte ipsius procuratoris (113), sive res est integra sive non, nec transit mandatum ad haeredes, cum ordinarie industria personae procuratoris censeatur electa (114).

(109) Cit. Leg. 35.; *Leuren* h. t. q. 1005. 1006.

(110) L. 11. 13. Cod. mandati IV. 35.; L. 8. §§ 1. 2. D. eod. XVII. 1. Obligationi procuratoris correspondet ius domini ad exigendam rationem a procuratore per actionem directam mandati, et ut resarciat damna forte illata ex dolo, culpa vel negligentia. Cfr. *Santi* h. t. n. 16.

(111) Cap. 14. X. h. t.; *Pirhing* h. t. n. 67. 68.; Act. S. Sed. vol. VII. p. 398. in conclusione editoris dicitur: "Appellationem ab eo interpositam, qui mandatum appellandi a domino non habeat, plenum valorem obtinere posse, si deinde a domino rata habeatur. Quod enim nomine alieno gerimus, mandato aequiparatur, si aecedat ratihabitio".

(112) Cfr. L. 42. §. 2. D. h. t. et cit. LL. 11. 13. Cod. mandati; *Pirhing* h. t. n. 84.; *Tancred.* l. c. § 6. Editto Card. Gamber. § 267. sq. de censura et discipl. procurat. Quod si procurator, cuius dolo vel culpa aliquid sit neglectum, solvendo non sit, putat *Pirhing* domino concedendam esse restitutionem in integrum. Id quod probat argumento ducto ex L. Eleganter 7. D. de dolo et ex auctoritate *Abb.* et *Guill.* At iuxta *Wetzell* l. c. p. 85. dominus ipse sibi tribuere debuit, attento rigore iuris Romani, si procurator solvendo non fuit, eo quod non fuerit cautior in eligendo suo procuratore. Hinc putat restitutionem in integrum domino ex iure Romano non concedi, idque dicit concludenter probari ex L. 23. i. f. D. de minor. IV. 4.; L. 1. § 15. D. quando appell. XLIX. 4.; L. 10. Cod. de procur. II. 13.; actionem autem de dolo domino fuisse concessam, si procurator dolose causam amiserat. Cfr. L. 8. § 1. D. mandati XVII. 1.; L. 7. § 9. D. de dolo malo IV. 3. Verum idem *Wetzell* tandem concedit paullatim introductum esse tum dolum tum culpam causam esse restitutionis in integrum, si procurator solvendo non fuerit. Talis restitutio potissimum fuit concessa, si procurator fuit assumptus ex iis, qui publica auctoritate ad hoc munus erant deputati, ita ut ex eius electione dominus reprehendi non potuerit.

(113) Greg. XVI. Reg. giud. § 909 sq.

(114) L. 27. § 3. D. mandati XVII. 1.; *Pirhing* h. t. n. 112.; *Leuren* l. c. q. 1024.; *Tancred.* l. c. § 8.

II. Morte mandantis (115) sive domini, re integra (116), imo procurator a Praelato vel alio quolibet beneficiato pro ecclesia sua vel beneficio constitutus per mortem mandantis domini revocari censetur etiam quoad negotia iam coepta et causas, in quibus per ipsum ante mortem domini lis iam fuerit contestata (117).

III. Lata sententia definitiva de principali causa et interposita saltem appellatione, nisi vi mandati etiam ad proseguendam appellationem procurator esset obligatus; finita instantia iudicii; lapsu temporis in mandato determinato et negotio finito (118).

IV. Mutuo consensu domini constituentis et procuratoris constituti (119), dummodo ne fiat in fraudem partis collitigantis (120).

V. Revocatione mandati per dominum (121) constituentem, sive expresse sive tacite facta. Quae revocatio, re non amplius integra, fiat necesse est ex iusta et rationabili causa (122).

VI. Renuntiatione ipsius procuratoris (123).

(115) Cit. Reg. giud. § 903.: « Allorchè, in pendenza di una lite, abbia luogo la morte od il cambiamento di stato di una delle parti, la legge ritiene come padrone della medesima il di lei procuratore » § 904. sq.

(116) § 10. Inst. de mandato III. 26.; L. 26. D. mandati XVII. 1.; L. 15. Cod. eod. IV. 35.; cap. 7. X. de exception. II. 25. in parte decisa: « quia mortuo mandatore exspiraverat iam mandatum ».

(117) Cap. 4. h. t. in Clem.

(118) L. 17. Cod. h. t.; cap. 14. h. t.; *Leuren* l. c. q. 1022.

(119) L. 24. D. h. t.; R. I. 1. X. V. 41.

(120) V. gr. si procurator cautionem praestiterit de iudicato solvendo, et, ne teneatur amplius hac obligatione, cum consensu domini sui derelinquit officium procuratoris iudicialis. Ita fere *Santi* h. t. n. 15.

(121) Cfr. de actis gestis a procuratore falso vel legitime revocato: *Reiffenstuel* h. t. n. 147. sq.

(122) Cap. 4. 8. 13. 14. X. h. t. q. 1017.; *Pirhing* h. t. n. 88. sq.; *Tancred.* l. c. § 7.

(123) Cap. 1. h. t. in Clem.; L. 8. § 3. L. 9. 10. 15. 43. § 6. D. h. t.; L. 17. Cod. h. t.; *Leuren* h. t. q. 1021.; *Pirhing* h. t. n. 90.



## TITULUS X.

DE SYNDICIS, TUTORIBUS, CURATORIBUS  
ALIISQUE PROCURATORIBUS NECESSARIIS.

(Lib. I. tit. 39. de syndico).

**238. Fontes :** D. III. 4. quod cuiuscumque universitatis nomine; L. 18. § 13. D. de munerib. et honorib. L. 4.; Inst. I. 13. de tutelis, 14 sq., 23. de curatoribus; Dig. XXVII. 3. de tutel. et rationibus distrabendis et utili rationis causa actione; 4.-7.; 10. de curatoribus furioso et aliis extra minores dandis; Cod. V. 70. de curatore furiosi vel prodigi; Dig. XXVI. 1. de tutelis 2. sq.; Cod. V. 28. de testam. tutela; c. 12. C. XXVI. q. 1. — Cpl. I. I. 30. de syndico. Decretal. Greg. IX. I. 39. de synd.; cap. 3. de iudic. II. 1. in Sext.

**Scriptores :** Comment. iur. Rom. in tit. cit.; *Arndts-Serafini* l. c. §§ 296. 439. sq.; *Van Wetter* l. c. § 618. sq.; *Vering*, Gesh. u. Pand. § 239. sq. — Comment. iur. Decr. h. t. — *Tancred.* l. c. P. I. tit. 7. de syndico et actore; *Durantis* l. c. lib. I. partic. 3. titulis de syndico, de oeconomio, de actore constituto, de tutore, curatore; *Ferraris* l. c. vv. Syndicus, Tutela, Tutor, Cura, Curator; *Bouir* l. c. I. p. 224. sq.; *Krantz*, D. Vormundschaft nach d. Grundsätzen d. deutsch. R. Gött. 1847.; *Van Mannen*, De muliere in manu et tutela. Lugd. Bat. 1823.; *Frémenville*, Traité de la minorité et de la tutelle 1845. Essai historique de la tutelle en droit romain. Genève 1850.

## Praenotiones.

**239. Connexio materiae.** Titulus de syndico sese habet ad instar meri appendicis tituli praecedentis de procuratoribus, neque proprio quodam titulo de syndico opus est. Etenim syndici sunt tantum species quaedam procuratorum et discrepant ab ordinariis procuratoribus, quod hi a quocunque privato et in causis privatis constitui possint, syndici vero constituantur ad causas publicas ab universitate quadam (corporatione, persona morali vel iuridica), vel ab administratoribus alicuius communitatis, velut ab Episcopo, Praelatis monasteriorum, capitulis. Praeterea, cum syndici eligantur necessitate iuris a personis moralibus, sunt species quaedam procuratorum necessariorum. Id quod multo magis obtinet, si non libere ab aliquo mandante tanquam a domino constituuntur, sed ex ipsa legis dispositione et sine contractu quis syndicus constitutus esse censetur, velut v. g. tutores, vel curatores, vel patres-familias sunt procuratores pro certis causis ipsa lege deputati

## § 1. DE SYNDICIS.

240. Syndicus est procurator ab aliqua universitate vel collegio quodam (1) constitutus (ad negotia pertractanda et praesertim) ad universas causas praesentes et futuras agendas vel defendendas in iudicio (2). Quodsi huiusmodi procurator a corporatione tantum ad unam vel complures causas praesentes agendas vel defendendas eligatur, potius dicitur actor (3).

(1) Persona moralis, cum *voluntate naturaliter* careat, necessario indiget persona *physica*, quae ipsius negotia gerat et causas agat vel defendat, sicut infantes et pupilli, qui usu rationis proprio carent. Cfr. L. 8. D. quod cuiusc. univers. nom. III. 4.: huiusmodi curator vel tutor vel procurator *natus* alicuius corporationis est ipsius praeses vel praelatus. Hinc cap. 21. X. de reser. I. 3. dicitur: « Cum *ex officio suo* teneantur abbates congregationum suarum negotia procurare, nisi forte abbatis et conventus negotia essent omnino discreti ». At repraesentatio collegii *potest* praesidi esse subducta atque ex legis ordinatione *proprio* magistratui esse deputata. Cfr. L. 3. D. quod cuiusc. univers. nom. III. 4.: « Nulli permittitur nomine civitatis vel curiae experiri, nisi ei cui *lex* permittit aut lege cessante ordo dedit ». Cfr. L. 6. § 1. i. f. D. eod.; c. 7. X. de proc. I. 38.; cap. un. X. de synd. I. 39.

(2) Cap. unic. X. h. t.; cap. 2. X. de in integr. rest. I. 41. *Tancredus* l. c. discrimen inter syndicum et actorem hoc modo enuntiat: « Sed haec est differentia inter eos, quia actor tantum ad *lites* praesentes constituitur et cum decreto, et hoc ideo quia decretum non extenditur ad futura, sed circa praesentia tantum; syndicus vero constituitur ad lites praesentes et futuras et sine decreto, ut in praedicta lege Item eorum § Si decuriones I. = L. 6. § 1. D. III. 4. ». *Wetzell* autem ex L. 18. § 13. D. L. 4., in qua dicitur: « Defensores quoque, quos Graeci syndicos vocant, et qui ad certam causam agendam vel defendendam eliguntur, laborem personalis muneris aggre- diuntur » arguit syndicos ab actoribus distingui per hoc, quod isti tantum deputentur ad certam causam. Praeterea remittit ad L. 6. § 1. i. f. D. III. 4. At concedit L. 1. §§ 1. 2. D. eod. voces « syndicus » et « actor » per « sive » et « vel » coniungi, ita ut discrimen non appareat; putat tamen usum loquendi hodiernum omnino convenire cum iure canonico, et citat cap. 2. X. de restit. in integr. I. 41., ubi dicitur monachis alicuius monasterii iniunctum fuisse « ut syndicum vel procuratorem eligerent » et deinde eodem capite semper est sermo de procuratore; et cap. un. h. t., in quo vox « syndici » non occurrit.

(3) L. 18. § 13. D. de mun. et honor. L. 4.; L. 1. §§ 1. 2. D. quod cuiuscunque univers. nom. III. 4.; *Tancred.* l. c. § 1; *Durantis* l. c. tit. de his, qui alieno nomine iudicio interveniunt; *Ferraris* l. c. v. Syndicus n. 1. sq. atque ibidem etiam agit n. 9. sq. de syndicis apostolicis FF. Minorum. *Durantis* l. c. commemorat etiam « Excusatorem », qui sine mandato ad causam ad probandas excusationes sive causas absentiae mittitur; « Oeconomum » sive etiam « Vicedominum », qui est is, cui res ecclesiae gubernandae mandatae sunt, et quem *Tancredus* dicit illum, « qui praestit *rebus* et *causis episcopi* ». At subiungit *Durantis*: « Verum secundum canones non est vis in nominibus, sed omnis administrator rite vocatur procurator ».

241. Syndicus vel actor constitui *possunt* ab universitate per actum vere collegialem, vel ab eo, cui universitas dedit potestatem eligendi (4); imo *debent*, quoniam universitas per se in iudicio agere et respondere nequit, si praeposito corporationis vel collegii huiusmodi ius agendi vel respondendi pro collegio, sive per se sive per alium a se deputatum actorem, ratione officii non competat, aut si publico iure cautum sit, neminem ordinarie in iudiciis agere vel respondere posse, nisi per unum ex procuratoribus publice qualificatis (5).

242. Quicumque habilis est ad officium procuratoris, is etiam syndicus eligi potest, nisi speciali iure aliud cautum sit. Quare etiam laicus ad hoc officium deputari potest etiam in causis spiritualibus, neque requiritur, ut sit membrum collegii, cum extraneus quoque eligi possit; imo, attento tenore cap. unic. X. h. t., quamvis regulares ab officio procuratoris vel advocati in causa proprii ordinis vel monasterii non excludantur (6), tamen a generali deputatione ad universas causas regularium agitandas, ut syndico convenit, regulares videntur consultius abstinere. Quae decretalis cum iam ex sese rigorosum praeceptum non contineat, sane ad casum necessitatis nequit extendi (7), et quamvis laudabiliter servetur in causis coram iudice *saeculari* disputandis, tamen in foro ecclesiastico videtur esse plane antiquata. Etenim, ex consuetudine diuturna et universali, ordines religiosi in Curia Romana non extraneos, sed suos fratres solent constituere procuratores generales, salvo exceptionibus, quibus nonnisi per procuratores publica auctoritate admissos causae agitari possunt (8).

243. Officium syndici vel actoris est fideliter agere et defendere causas universitatis, a qua constitutus est; potestas vero illius est imprimis ea, quae omni procuratori iudiciali legitime

(4) L. 1. § 1. L. 6. § 1. D. quod cuiusc. III. 4.; L. 3. D. eod.; cap. 7. X. de procur. I. 38.; cap. unic. X. h. t. *Bouix*, l. c. p. 225. recte notat non requiri electionem procuratoris a capitulo factam, ubi secundum regulam a capitulo approbatam hoc ius competit *superioribus solis*: - Id quidem non reperio adnotatum ab iis auctoribus, quos prae manibus habeo, sed id videtur omnino admittendum ».

(5) *Tancred.* l. c. § 2.; *Durantis* l. c. tit. de syndico; *Ferraris*, l. c. v. Syndic. n. 6. sq.; *Bouix* l. c.

(6) Can. 35. C. XVII. q. 1.; cap. 16. X. de iud. II. 1.; cap. 6. X. de testib. II. 20.

(7) *Ferraris* l. c. n. 7. 8.

(8) *Bouix* l. c. p. 226.

constituto competit (9); nam syndicus aequiparatur procuratori generali cum libera potestate administrandi. Quare ordinarie omnia expedire potest, quae alias mandatum speciale requirunt (10), nisi agatur de negotiis extraordinariis exceptis, velut de donatione (11), ideoque non compellitur satisfacere, cavere de rato, iudicatum solvi, nisi cum dubitatur de mandato (12), quia syndicus auctoritate universitatis est constitutus, quae semper praesumitur solvendo esse (13).

244. Potestas et officium syndici iisdem fere modis expirant atque mandatum procuratoris (14), sed per mortem sociorum corporationis, qui forte syndicum constituerant, non cessat illius mandatum, quia communitas non moritur, et etiam omnibus sociis mutatis eadem permanet (15).

## § 2. DE TUTORIBUS.

245. Tutor dicitur is, cui competit vis ac potestas (iure civili data ac permissa) ad tuendum eum, qui propter *aetatem* suam sponte se defendere nequit. Ita fere L. 1. D. de tutel. XXVI. 1. (16). Quare tutores imprimis dantur ex iure

(9) L. 6. § 3. D. III. 4.

(10) Cap. 3. 7. X. de iur. cal. II. 7. At addit *Pirhing* h. t. n. 7. *tutius* esse, ut syndico mandatum speciale detur pro iis negotiis, quae alias mandatum speciale requirunt.

(11) Hinc v. gr. *transigere* potest, et *iuramentum* deferre; at donatio merito excluditur, quia est actus plane *singularis* domini et in syndico redolet dilapidationem, cum syndici sit potius conservare bona. Syndicus et actor iurare possunt *de calumnia* sicut *tutor*, quia legitimam habent administrationem. Cfr. cap. 7. X. de iur. cal. II. 7., ubi dicitur, Episcopum, si personaliter litiget, *propositis*, non *tactis*, evangelii iurare; sed, si elegerit per syndicum vel actorem litigare, per illum praestandum esse iuramentum calumniae. L. 2. § 2. Cod. de iureiur. propt. calumn. II. 59. Porro *contestatur* litem et *interrogatur* de facto omniaque facit in causa sicut legitimus dominus litis, et eius *confessioni* stabitur et sententia in persona eius formatur. Cfr. cap. 20. X. de cens. III. 39.; cap. 2. X. de cap. mon. III. 37., quo in capite expresse sermo est de *syndico* S. Caeciliae et iste condemnatur contra oeconomum S. Laurentii, eique silentium imponitur; cap. vero 20. cit. vox *syndici* non adhibetur, sed advocati, at re vera de actore agitur.

(12) Cit. L. 6. § 3.

(13) L. 9. D. ratam rem XLVI. 8. *Tancred.* l. c. § 4. *Pirhing* h. t. n. 7. et tanquam exemplum practicum causam relat. cap. 2. X. de capell. mon. III. 37.

(14) L. 6. § 3. i. f. D. III. 4.

(15) L. 7. § 2. D. III. 4.; *Pirhing* l. c.

(16) Tutela vel curatela, ut iam ipsae voces insinuant, est *protectio* quaedam personarum, quae speciali quodam auxilio indigent. Quae pro-



Romano minoribus impuberibus, sive pupillis (17). In antiquis Romanorum legibus praeter tutelam aetatis causa statutam, etiam praescribitur tutela sexus sive mulierum, quae licet iam sui iuris sint, tamen sub potestate quadam domestica non constituuntur. Quae mulierum tutela sub imperatore Claudio est abrogata, salvis aliquot exceptionibus, contraria consuetudine pariter paulatim sublatis (18). Similiter legibus antiquis populorum germanicorum mulieres sub "mundio", sive sub tutela quadam, nunc ordinarie abrogata, fuerant constitutae (19).

246. Tutores alii sunt *testamentarii*, qui constituuntur a parentibus in testamento vel codicillo pro liberis impuberibus in illorum potestate existentibus (20); alii dicuntur *legitimi*, si ipso iure statutum est, quis, v. g. ex consanguineis, officium tutoris suscipere debeat (21); denique existunt *dativi*, qui non existentibus tutoribus testamentariis vel legitimis, ad instan-

tectionis concessio apud Romanos fuit ab initio potius ius agnatorum masculinorum propter interesse haereditatis, quam *obligatio*. Tutoris enim fuit *conservare* bona **pro familia**. At maxime ex tempore Imperatorum tutela facta est potius munus quoddam publicum, officium publicum, cui quis sese tantum ex certis causis subducere potuit.

Romani distinxerunt *tutores et curatores*. *Tutores* principaliter dabantur *personis* et quidem impuberibus, secundario autem rebus; curatores contra principaliter *rebus* et secundario tantum *personis*. Porro *tutor* debuit *supplere* sua *auctoritate* voluntatem, v. gr. in infantibus ad *omne* validum negotium; *curator* potius fuit *consiliarius* et tantum in *certis* casibus eius requirebatur *consensus*. Denique tutor suam auctoritatem interponere debuit in certa et solempni quadam forma; curator autem simpliciter quadam forma antecederet vel subsequenter.

(17) Inst. de tutel. l. 13.; Dig. XXVI. 1. de tut.; Vering, Gesch. u. et Pand. § 239.; Arndts-Serafini l. c. § 440.; Van Weller l. c. § 618. Iam in legibus XII. tabularum occurrit cura furiosi et prodigi; ex saeculo autem sexto ab U. C. Lex Plaetoria introduxit curam minorum; postea alii quoque curatores statuti sunt "ad certas res".

(18) Vering l. c. § 244.; Van Weller § 635. 636.

(19) Waller, Deut. Rechtsgesch. § 478. sq.; Gerber, l. c. §§ 245. 246. Cod. Civil. Ital. art. 240. sq. Della minore età, della tutela e della emancipazione; Cod. civ. Gall. art. 390. sq.; Cod. civil. Austr. § 187. sq. Cfr. de mulieribus, circa quas in Magno Ducatu Tusciae nostra aetate (1814.) fuerat statutum, ut remaneret sub patria potestate usque ad annum aetatis 40. (viri usque ad 30.); et licet anno 1838. fuisset statuta maior aetas in aetate 21. annorum, mulieres tamen non emancipabantur nisi completis annis 30. Cfr. Cod. civ. del Regno d'Italia con commenti... di Tommaso Arabia.

(20) Inst. l. 14. qui testam. tutores dare possunt; D. XXVI. 2. de testamentaria tutela; Cod. V. 28. eod.

(21) Inst. l. 15. de legitim. agnator. tutela; D. XXVI. 4. de legit. tutorib.; Cod. V. 30. de legit. tutel.



tiam agnatorum a competente iudice vel magistratu dantur (22).

247. Tutores (23), propter incapacitatem (24) a iure non exclusi neque per excusationem legitimam impediti (25), postquam tutelam ad se delatam susceperunt, sua iura exercere possunt suisque obligationibus satisfacere tenentur (26). Cum "tutoris praecipuum (sit) officium, ne indefensum pupillum relinquat", (27), in hac materia iudiciali tutores competentes sunt ad causas suorum pupillorum agendas et defendendas (28).

Quodsi tutor impediatur, quominus personaliter in iudicio causam pupilli vel minoris agitet, aut efficere debet, ut a pupillo vel minore ad agendum et defendendum, interveniente tutore vel curatore, procurator ordinetur (29), aut ipse, approbante magistratu competente, "actorem", nominare potest (30).

(22) Inst. I. 20. de Atiliano tutore.; D. XXVI. 5. de tutorib. et curator. datis. Cfr. *Ferraris* l. c. v. Tutela n. 25. sq. quis iudex clerico pupillo tutorem constituere possit; *Arndts-Serafini* l. c. § 444. sq.

(23) Plures etiam tutores dari possunt; quod si plures tutores gerentes fuerint instituti, unusquisque ad processum agendum legitimatus est (cfr. L. 24. § 1. D. de adm. tut. XXVI. 7.; L. 1. Cod. eod. V. 37.; L. 3. D. de cur. bon. dando XLII. 7.), nisi superior magistratus divisionem negotiorum gerendorum inter varios tutores ordinasset atque unicuique propriam partem etiam quoad causas assignasset. Cfr. L. 3. 4. de admitt. tut. XXVI. 7.; L. 3. § 7. D. iud. solvi XLVI. 7. Quod si quis tantum constitutus est curator honorum "cum custodia rerum", agere non potest, nisi hoc requiratur ad praecavenda damna. Cfr. L. 1. § 21. D. de ventre in poss. mittendo XXXVII. 9.; L. 14. pr. D. de reb. auct. iud. poss. seu vendund. XLII. 5.; L. 1. § 4. D. de muner. et hon. L. 4. At huiusmodi limitationibus non est subiecta obligatio curatoris quoad defensionem. Cfr. L. 30. D. XXVI. 7. Cfr. etiam *Durantis* l. c. § Generaliter n. 18. 19. 20. de casu, quo complures tutores sint nominati, e quibus aliqui agere volunt, alii non, aut si unus ex tutoribus confiteatur, alter neget; et eundem auctorem l. c. n. 16., ubi dicit tutorem non posse durante officio nomine suo vel pupilli agere contra contutorem.

(24) *Ferraris* l. c. n. 52. sq., num Episcopi, sacerdotes aliique clerici saeculares, monachi vel regulares, habiles sint ad officium tutoris vel curatoris; *Durantis* l. c. tit. de curatore § Generaliter n. 10. 12.; *Scherer* l. c. I. p. 379. 401.

(25) *Arndts-Serafini* l. c. § 442. sq.

(26) *Arndts-Serafini* l. c. § 451. sq.

(27) L. 30. de administ. et p. tut. D. XXVI. 7.; L. 1. Cod. de alim. pup. praest. V. 50. cap. 67. X. de appell. II. 28.

(28) *Arndts-Serafini* l. c. § 451. i. f.

(29) L. 11. 14. Cod. de procur. II. 13.

(30) § 6. Inst. de curat. I. 23.; L. 24. pr. D. de administr. et peric. tut. XXVI. 7.; L. 6. D. quando ex fact. tut. XXVI. 9.; L. 9. D. rat. rem hab. XLVI. 8.; L. un. Cod. de act. a tutore seu cur. dand. V. 61.; L. 11. Cod. de procur. II. 13.; L. 10. Cod. qui dare tut. V. 34.

At ex iure Romano tutores et curatores post litis contestationem a se factam, ad exemplum procuratorum, qui litem contestati sunt, dare procuratores non prohibentur (31).

248. Tutorum potestas et officium cessant omnibus illis modis, quibus tutela finitur (32). Id quod duplici ratione fieri potest. Etenim tutela finitur aut absolute ex parte pupilli, velut per mortem pupilli, per adeptam aetatem pubertatis (33), per arrogationem, aut tantum ex parte tutoris, v. g. per ipsius mortem, per incapacitatem vel legitimam excusationis causam supervenientem, impleta conditione forte apposita, aut elapso termino constituto, aut per remotionem propter suspicionem (34).

### § 5. DE CURATORIBUS.

249. Curator dicitur is, qui datur personis, quarum incapacitas non oritur ex naturali et generali earum conditione, ratione aetatis vel sexus, v. g. impuberibus vel feminis, sed ex causa quadam accidentali et speciali, velut mente captis, vel saltem debilibus, furiosis, prodigis, infirmis, aut ex inhabilitate ad certos actus restricta v. g. puberibus minoribus. Hinc curator ex iure Romano nonnisi in casibus plane extraordinariis datur impuberibus (35).

250. Curator neque ipso iure neque per testamentum nominatur, sed tantum per competentem magistratum, qui sane rationem habere potest et debet illius, qui a patre inhabilis

(31) L. 11. Cod. de proc. II. 13. Cfr. *Durantis* l. c. tit. de tutore § Generaliter.

(32) Cfr. Inst. I. 22. quibus modis tutela finitur; Cod. V. 60. quando tutores vel curatores esse desinant; cap. 67. X. de appell. II. 28.

(33) At nostra aetate tum demum tutela finitur, cum quis maior factus est secundum diversas legum sanctiones in foro saeculari, nisi antea veniam aetatis obtineat. Cfr. *Arndts-Serafini* l. c. § 449.; *Ferraris* l. c. n. 17. 117.; Rot. in Imolen. Tutelae 13. Iun. 1735.; Cod. civil. Ital. art. 310. sq. de minore ante tempus legitimum emancipato eiusque curatore.

(34) *Arndts-Serafini* l. c. §§ 449.-450.

(35) Assistentia, quae datur a tutore est actus sollemnis, qui dicitur auctoritas (cfr. L. 8. 9. § 5. D. XXVI. 8. de auctor. tutor.); assistentia vero curatoris est simplex consensus. Arg. D. XXVI. 8., ubi rubrica est de auctoritate et consensu tutorum et curatorum. Cfr. de discrimine inter tutorem et curatorem: *Ferraris* l. c. n. 14. sq.; at cum ex iure moderno tutela aetatis perseveret, donec quis maior factus sit, discrimen illud iuris Romani inter tutorem impuberum et curatorem minorum puberum non iam est practici momenti. Cfr. *Vering*, *Gesch. u. Pand.* § 245.; *Arndts-Serafini* l. c. § 440.

personae in testamento proponitur (36). Si quis vero in foro ecclesiastico, infra decimum quartum annum, ad agendum vel defendendum, in causis beneficialibus et aliis causis spiritualibus nec non et dependentibus ab eisdem, sese sistat, vel per Episcopum suum vel per Officialem eiusdem curatorem accipiet ad lites huiusmodi exercendas (37), vel ipse, si maior infante sit, cum auctoritate alterius eorundem, procuratorem ad eas potest deputare. Delegatus quoque Sedis Apostolicae, vel subdelegatus ab eo, curatorem dare valent, vel auctoritatem constituendi procuratorem praestare ad illas causas et lites dumtaxat, quae coram ipsis sunt ventilandae (38).

**251.** Curatores dantur, saltem extraordinarie, minoribus puberibus (39), praeterea furiosis sive mente captis, prodigis, surdis et mutis et qui perpetuo morbo laborant, licet maiores viginti quinque annis sint, interdum etiam pupillis, ut puta, si legitimus tutor non sit idoneus, quoniam habenti tutorem tutor dari non potest; si testamento datus tutor, vel a magistratu, idoneus non sit ad administrandum nec tamen fraudulentè negotia administret, solet ei curator adiungi; si ad tempus, non in perpetuum tutores a tutela excusantur, in eorum locum dantur curatores (40).

**252.** Iura et officia curatorum eadem fere sunt atque tutorum (41), et iisdem modis finiuntur (42).

(36) L. 16. D. de cur. fur. XXVII. 10., § 1. Inst. de curat. I. 23.; *Durantis* l. c. tit. de curatore § Viso.

(37) Cfr. l. c. cap. 3. in Sext., quae adduntur de assensu patris in his causis non necessario in foro ecclesiastico.

(38) Cap. 3. de iud. II. 1. in Sext.

(39) L. 1. § 3. D. de postul. III. 1.; *Van Welter* l. c. § 637.; *Arndts-Serafini* l. c. § 440.

(40) § 3. sq. Inst. de curatorib. I. 23.; *Durantis* l. c. tit. de curat, § Dantur; *Ferraris* l. c. n. 88. sq. Greg. XVI., Regolam. giud. § 1584. sq. § 1597. sq. de curatore dando, ob vitium mentis vel propter prodigalitatē; Cod. civ. Italiae art. 224. sq. 246. sq. 314. sq. 339. 980. sq. 1457. 2119. de curatoribus. Cfr. de curatoribus « debiliū personarum », qui aut ab ipsis magistratibus istis debilibus personis deputantur, aut ab aliis personis assumuntur, potius ut administratores rerum, quam ut curatores, *Van Welter* l. c. § 639. § 641.; L. 12. D. de tutel. XXVI. 1.

(41) *Durantis* l. c. § Et suas § Cum autem; *Ferraris* l. c. n. 105. sq.

(42) *Arndts-Serafini* l. c. §§ 449. 450. 451. sq.; *Durantis* l. c. § Generaliter n. 14.

## § 4. DE PATRIBUSFAMILIAS.

253. Patresfamilias filios, quos in sua potestate (43) habent, quoad eorum bona adventitia in iudicio sive per se sive per procuratorem repraesentare possunt et debent (44), at nisi filii adhuc in prima aetate sint constituti (i. e. si nondum emancipati sunt a potestate paterna), vel longe absint a patre, etiam adhibeatur filiorum consensus ad suscipiendas actiones et movendas (45).

254. Singularis plane est procuratio, quae patribusfamilias competit pro actionibus ex bono et aequo conceptis et filiisfamilias propriis. Quae cum in bonum temporale acquirendum instituantur, quod, si obtentum sit, bonis adventitiis adnumeretur, ordinarie a patre sunt movendae et a filio solummodo eo in casu, quo pater impediatur aut in mora sit.

255. Patresfamilias pro impuberibus et minoribus filiis negotia gerere possunt atque tanquam procuratores praesumpti agere et respondere in iudicio. Cui obligationi, si sese subducant, liberum est filiis sibi petere curatorem (46).

(43) Cap. 3. i. f. de iud. II. 1. in Sext.: "In huiusmodi quoque litibus sive causis (i. e. in causis beneficialibus aliisque spiritualibus et dependentibus ab eisdem), quamquam in potestate patris existas nec alias absque illius assensu in iudicio regulariter esse possis, eius, cum de his se intromittere non habeat, nequaquam requiri debet assensus".

(44) L. 1. Cod. de bonis mat. VI. 60.

(45) L. 8. § 3. Cod. de bonis, quae liberis VI. 61.; *Arndts-Serafini* l. c. § 432.

(46) Cfr. L. 7. pr. Cod. de curator. fur. V. 70.; L. 8. § 1. Cod. de bonis quae liber. VI. 61.; Novell. 117. cap. 1. §. 1.; Cod. civ. Ital. art. 224. sq.

## SECTIO III.

### DE IURISDICTIONE ET COMPETENTIA IUDICIS ECCLESIASTICI.

#### TITULUS XI.

##### DE FORO COMPETENTE.

(*Lib. II. tit. 2. de foro competente*).

**256. Fontes:** Dig. V. 1. de iudiciis et ubi quisque agere vel conveniri debeat; Cod. III. 13. de iurisdictione omnium iudicum et de foro competente, 14.-27. incl.; Novell. 69. cap. 1. (1) — Dist. 96.; C. III. q. 6., C. IX. q. 3., C. XI. q. 1., C. XXI. q. 5. — Quinque compil. antiq. = l. II. t. 2. de foro compet. — Decret. Gregor. IX., Bonif. VIII. Clem. V. = l. I. tit. 2. de foro comp. — Conc. Trid. Sess. VII. cap. 10. de ref., Sess. XIII. cap. 6. de ref., Sess. XXIV. cap. 5. 20. de reform. — Decret. Clem. Pap. VIII. ed *Sentis*, p. 49.

**Scriptores:** Commentat. iur. Rom. in cit. tit.; *Vering*, Gesch. u. Pand. § 110.; *VanWetter* l. c. §§ 116.-118. incl. — Comment. iur. Decretal. praesertim *Devoti* h. t. opere maiore — *Zech* l. c. tit. 8. de foro competente; *Devoti*, Inst. can. l. III. t. 1. et praesert. t. 4. de foro comp.; *Vering*, Inst. iur. eccl. § 180. sq. — *Bouix*, De iud. eccl. l. p. 67. sq.; 242. sq. *Muenchen* l. c. I. p. 33. sq.; *Droste* l. c. p. 24. sq.; *Melch. Friederich* († 1708.), Forum competentens., Ingolstad. 1709.; *Card. De Luca* († 1633.), De iurisd. et foro compet. (Theatrum verit. et iust. vol. III. Rom. 1669. sq.); *Durantis* l. c. lib. II. partic. 1. tit. de competentis iudicis additione; *Tancred.* l. c. P. II. tit. 1. quod iudicium actor adire debeat; *Gratia* l. c. P. I. tit. 2. de foro competente; *Ioan. Urbach* l. c. P. I. cap. 6. de foro competente. — Disquisit. histor. inveniuntur apud *Vering*, Inst. iur. eccl. l. c. et *Devoti* l. c.; Archiv. f. k. RR. tom. 10. p. 251. sq.; *Thomassin.*, V. et N. Eccl. Disciplin. P. II. lib. 3. cap. 101. sq. *Dove*, De iurisdictionis ecclesiasticae apud Germanos Gallosque progressu. Berol. 1855.; *Friedberg*, Grenzen zwischen Staat und Kirche Tuebingen. 1872. (pro suis principiis acatholicis de hac re agit); *Fessler*, Der canon. Process nach seinen positiven Grundlagen u. seiner aeltesten histor. Entwicklung in der vorjustin. Periode. Wien, 1860.; *Esmein*, Histoire de la procédure criminelle en France. Paris, 1882.; *Beauchet*, Origine de la juridict. ecclésiastique et son développement en France. In Nouv. Revue hist. de droit. VIII. p. 387. sq., 1883.; *Salvioli*, Le giurisdizioni speciali nella storia del diritto italiano. Modena, 1884.; *Nissl*, Der Gerichtsstand des Clerus im frank. Reich. Innsbruck, 1886.

#### Praenotiones.

**257. Connexio materiae.** Quamvis ex logica materiae connexionem de iudice competente videatur agendum titulo primo de

(1) Cfr. quoque Gregorii XVI., Regulam. giud. § 423. sq.; Cod. proced. civ. Regn. Ital. art. 67. sq.; Cod. proced. civ. Gall. art. 170. 424.



iudice iudicioque ecclesiastico, tamen non desunt rationes, propter quas hoc demum loco de foro competente aptissime disputetur (2). Est enim iste titulus quasi annulus (3), quo quaestiones de personis iudicialibus cum disputatione de actibus iudicialibus sive de procedura optime connectuntur, cum antequam quis per libelli oblationem causam agere incipiat, omnino dispiciat necesse sit, quodnam forum competens existat, ne plane inutilem et irritam instituat actionem. Praeterea in praecedentibus titulis generaliter actum est de potestate iudiciali eiusque subiecto activo, sive de iudice atque de aliis personis in iudicio intervenientibus; reliquum est, ut magis in *specie* determinetur, in quasnam *causas* (obiectum) et in quas *personas* (subiectum passivum) iudex ecclesiasticus suam explicare possit potestatem iudicalem. Id quod fit in titulo de foro competente (4).

**258. Definitio.** Forum, omissis aliis significationibus, est locus, in quo iudicia exercentur (5) et sensu translato est ipsa poestas publica de causa in iudicium deducta cognoscendi et pronuntiandi (6). Hinc forum competens dicitur tribunal, quod

(2) Huius assertionis prima ratio est exemplum ipsum codicum civilium, praesertim Gregoriani codicis, qui pariter ante proceduram specialem et post ordinationem tribunalium disputant de foro competente. Quae ratio ab extrinseca auctoritate ducta est. Altera vero ratio, quae ab intrinseco deducitur, ea est, quae in textu fuit proposita, quod scilicet titulus seu disputatio de foro competente sit veluti annulus inter proceduram specialem et ordinationem tribunalium; sed et praeterea quod hoc titulo *principaliter* non agitur de **persona** iudicis competentis, sed de **causis**, in quas iudex potestatem suam exercet et de **subditis**, in quos eam exercet, idque non tantum in genere sed etiam in specie.

(3) Cfr. Gregor. XVI., Regol. giud. § 423. sq., ubi post ordinationem tribunalium parte II. constitutam, ab initio partis III. de procedura ponitur titulus « Del foro competente ».

(4) *Bouix* l. c. I. p. 242.; *Tancred.* et *Durantis* l. c.

(5) Cap. 10. X. de V. S. V. 40. Romae locus iudicio destinatus ab initio fuit forum sive comitium, ubi erectum fuerat tribunal (tribunale, suggestum) cum sella curuli. Postea iudicia habita sunt in « basilicis », denique in « auditoriis » sive conclavibus clausis. Locus etiam, in quo causae ecclesiasticae disceptabantur, dictus fuit « auditorium » sive « consistorium », v. gr. Papae. Cfr. *Ehrle* de auditorio et consistorio tamquam aulis distinctis in palatio Avenionensi Rom. Pontificum.

(6) Sensu translato « forum », si late accipiatur, significat universam potestatem iurisdictionis, i. e. potestatem legislativam, iudicalem et coercitivam, atque hoc modo loquendi non raro de foro saeculari et foro ecclesiastico sermo est; at sensu stricto forum denotat potestatem iudicalem et coercitivam atque opponitur potestati legislativae et ab ea distinguitur. Hoc modo dicimus: Cuius quis ligatur legibus, eius sortitur forum, idest

potestatem iudicalem habet tum in causam tum in reum, qui ab actore in illo tribunali conveniri debet aut saltem potest; incompetens vero forum est tribunal, quod potestate iudiciali caret aut in causam aut in reum, sive in quo reus nec potest nec debet conveniri.

**259. Divisio.** Forum ecclesiasticum competens (7) dividitur:

I. In forum *legale*, quod directe nititur legis dispositione, et in forum *conventionale* vel prorogatum, quod proxime fit competens ex conventionem vel consensu partium, licet remote pariter legibus sit statutum (8).

II. In forum *commune*, quod quis habet ex dispositione iuris communis, et in forum *singulare* sive privilegiatum, quod fundatur iure singulari sive privilegio.

III. In forum *generale*, quod constituitur pro omnibus subditis et pro omni causa non excepta, et in forum *speciale*, quod tantum existit aut pro certis subditis aut pro certis causis.

IV. In forum *universale*, cuius competentia sese extendit in universam Ecclesiam, et in forum *particulare*, quod ad certum et limitatum territorium restringitur.

V. In forum *ordinarium*, cui quis reus regulariter sive ex iure communi sive iure singulari subiicitur, et in forum *extraordinarium*, cui reus subiicitur nonnisi per modum exceptionis a regula, sive ab iis, quae de communiter contingentibus fieri solent.

## I. De foro competente ratione causarum.

### § 1. PRINCIPIA FUNDAMENTALIA.

**260.** Quemadmodum Ecclesia in certa obiecta exclusivam habet potestatem legislativam, velut de cultu divino ordinando,

eius quis potestati legislativae est subiectus, eius quoque est subiectus potestati iudiciali. Ratio autem huius duplicis significationis ex eo desumitur, quod sicut in foro tamquam in loco, idest in sua propria significatione sumpto, et leges dabantur et iudicia exercebantur, ita etiam in sensu translato vox ista referri potest tum ad universam potestatem publicam eiusque exercitium, tum in specie ad potestatem iudicalem (Corte, Camera).

(7) Hoc titulo agitur de solo foro externo (forum fori) et contentioso Ecclesiae, non de foro interno vel poenitentiali (forum poli) (cfr. c. 43. C. XVII. q. 4.), nec de foro voluntario multoque magis excluditur forum saeculare.

(8) Cap. 32. 40. X. de offic. et pot. iud. del. I. 29.

de aliis vero obiectis et potestas ecclesiastica et potestas civilis, iure proprio et nativo sed sub diverso respectu, leges condere possunt, v.g. de scholis elementaribus municipiorum; ita etiam potestas iudicialis in alias causas Ecclesiae eo modo competit, ut iudices potestatis saecularis ab iis cognoscendis et definiendis prorsus sint exclusi, v.g. a iudicio de valore vinculi matrimonii christiani, dum in alias causas et iudices ecclesiastici et iudices saeculares, licet sub diverso respectu, suam explicare possint iurisdictionem.

261. Porro inter obiecta, in quae Ecclesia sibi vindicat exclusivam potestatem iudicalem, certae causae ex ipso iure divino, ita disponente Christo Domino, pro natura rei sunt reservatae iudicio Ecclesiae, velut causae matrimoniales christianorum (9); et aliae causae, nonnisi positiva reservatione ab Ecclesia sive iure canonico facta, exclusive disceptandae sunt in foro ecclesiastico, v.g. causae mere civiles inferiorum clericorum (10).

262. Quare in hac quoque materia Ecclesia duplici ratione definire potest limites inter forum suum et forum potestatis civilis: scilicet suo infallibili *magisterio*, quo authentice docet et *declarat*, quinam limites iure divino ex ipsa dispositione Christi Domini et rerum natura existant, et sacro suo *impero*, quo, vi iurisdictionis sibi a Deo collatae, neque arbitraria ratione exercendae, novos limites figit, ubi a Christo Domino et rerum natura plus minusve relictis sunt indeterminati (11).

263. Constans igitur atque immutabilis est competentia Ecclesiae in illas causas, quae iure divino foro ecclesiastico sunt reservatae, neque in his ullus princeps civilis iure proprio et nativo gaudet iurisdictione, sed si quid potest, id ex positiva concessione vel delegatione Ecclesiae est repetendum (12).

(9) *Bened. XIV.*, De Synod. dioeces. lib. IX. c. 9. n. 2. 3.

(10) *Zallinger* († 1813.), *Inst. iur. eccl.* lib. II. Decretal. h. t. §§ 69. 70.

(11) *Cap. Per venerabilem* 13. § *Rationibus* X. qui filii sint legit. IV. 17. et *Molitor* in hanc Decretal.; *Bouix* l. c. I. p. 67.; *Hammerstein*, De Ecclesia et Statu p. 167. Cfr. quoque *Suarez*, De leg. lib. IV. cap. 11. n. 12. • Ultimo ex dictis intelligitur posse aliquando Pontificem determinare materiam aliquam seu quasi reservare illam, ut tantum canonica sit, non solum *declarando*, ut sine dubio facere potest, quando materia ipsa ex se et *ex iure divino spiritualis* est, sed etiam *constituendo* et *eximendo* sibi *reservando* aliquam materiam propter spiritualem rationem, etiam si alias secundum se posset esse materia legum civilium. Deinde huius assertionis reddit rationem, quod potestas superior disponere possit de materia inferioris in ordine ad suum finem.

(12) *Bened. XIV.* l. c. n. 6. 7.

Hinc omnis disquisitio historica de illo iure Ecclesiae versari tantum potest circa quaestionem: qualis fuerit usus huius potestatis pro diversitate temporum, vel quo tempore, quibus, quo ambitu Ecclesia extraordinariam istam delegationem concesserit (13).

At si quaeratur de causis, quae ex iure tantum canonico sunt reservatae foro ecclesiastico, amplior concessa est facultas inquirendi in originem, progressus, mutationes disciplinae ecclesiasticae. Quamvis enim Ecclesia iuri divinitus dato huiusmodi causas suo foro reservandi nunquam renuntiavit neque unquam renuntiare possit, tamen illo iure alia atque alia ratione pro diversa temporum et locorum necessitate uti potest: imo si absteineat ab usu huius iuris reservandi, potestas civilis ex iure proprio, non ex delegatione ecclesiastica, denuo fit competens ad causas illas diiudicandas, v. g. causas mere civiles clericorum inferiorum. Quae principia ob oculos habenda sunt, ut de factis historicis iustum feratur iudicium, neve Ecclesiae ius divinum nimium extendatur aut restringatur sinistris interpretationibus (14).

264. Denique extra controversiam est, Praelatos ecclesiasticos posse acquirere potestatem iudicalem in sese mere politicam et temporalem in causas saeculares sive criminales sive civiles (15). Quae potestas iudicialis Praelatorum sane neque concessione Dei positiva nititur neque reservatione Ecclesiae, sed in singulis casibus inquirendum est, quo pacto quove iuris titulo ad Ecclesiam sit delata, scilicet utrum ex liberali concessione principum ad instar privilegii, iuris precarii vel facultatis iisdem limitibus circumscriptae atque in aliis iudiciis saecularibus, an per modum verae alienationis et stricti pacti. In priore hypothesi nequit applicari principium a Cardinali Tarquini, Institutionibus iuris ecclesiastici publici stabilitum n. 81., societatem civilem concessionem Ecclesiae factam non posse revocare. Nam nulla concessio ultra intentionem concedentis est extendenda (16). Secus dicendum, si solemniter pacto in ius Ecclesiae transierunt (17).

(13) *Bouix* l. c. p. 80. 97.; *Sentis*, D. Monarchia Sicula, 1869. praesert. p. 1.-112.

(14) *Lugo*, de virtute fidei divinae disp. 19. n. 95. 96., ubi reiicit exaggregationes Panormitani de potestate R. Pontif.

(15) Cfr. cit. cap. Per venerabilem l. c.; cap. 3. ne clerici III. 24. in Sexto; *Suarez*, De leg. lib. III. cap. 6., lib. IV. cap. 10. 11.

(16) Cfr. *Hammerstein* l. c. p. 211.

(17) Cfr. *Zallinger* h. t. § 73. Rom. Pontifex duplicem habet potesta-



## § 2. NOTAE HISTORICAE.

265. Ecclesia inde a primis saeculis constanter et exclusive sibi vindicavit potestatem iudicandi in causis mere spirituali-

tem: *a'* iurisdictionem spiritualement in totam Ecclesiam; *b'* iurisdictionem mere saecularem ut princeps civilis in determinato tantum territorio (prae-scindendo ab iniusta spoliatione quam forte subit). Duplex haec potestas accurate distinguitur in cit. cap. " *Per venerabilem* " 13. X. qui filii sint legitimi IV. 17. hisce verbis: " Quod non solum in Ecclesiae patrimonio, super quo plenam in temporalibus gerimus potestatem, verum etiam in aliis regionibus certis causis inspectis temporalem iurisdictionem casualiter exercemus ". Prior illa potestas in patrimonio est mere temporalis, altera dicitur *temporalis* ratione *obiecti*, in quod se extendit, sed in se est *spiritualis*, et eam Innocentius III. repetit tandem ex verbis Christi Domini: " Quodcumque solveris ". Idem factum est ab Innocentio IV. Cfr. *Heffele*, Conciliengesch. tom. V. p. 1131., quod " spiritualiter de temporalibus iudicari. " — Sicut autem Rom. Pontifex duplicem potestatem obtinet ex saeculo octavo, ita idem accidit in aliquibus Episcopis in Ecclesia occidentali, ut scilicet praeter potestatem spiritualement etiam potestatem politicalement obtinerent, ut patet ex capite 3. Ne clerici vel monachi III. 24. in Sext., ubi Bonifacius VIII. hunc statum iam supponit. Dicitur enim ibi: " Episcopus sive quicumque alius praelatus vel clericus, iurisdictionem obtinens *temporalem*, si homicidio aut alio maleficio ab aliquibus in sua iurisdictione commisso, ballivo suo aut alio cuicumque iniungat, ut super hoc veritatem inquirens iustitiae debitum exequatur, irregularis censeri non debet, quamvis ipse *ballivus* vel alius contra malefactores ad poenam sanguinis processerit, iustitia mediante. Nam licet clericis causas sanguinis agitare non liceat, eas tamen, cum iurisdictionem obtinent *temporalem*, debent et possunt metu irregularitatis cessante aliis delegare ". Origo vero huius iurisdictionis horum Episcoporum repetenda est ex latifundiis ab ecclesia possessis. In amplissimis illis possessionibus multi fuerunt homines glebae addicti, servitiis ecclesiae mancipati. Iam sicut administratio fundorum fuit penes ecclesiam, ita primum fuit, ut etiam administratio iustitiae in istis possessionibus circa omnes homines ibidem constitutos ecclesiae *a regibus concederetur*. Ipsi vero comitibus regiis interdicta fuit administratio iustitiae illis in locis. Paulatim potestas illa extensa est ad alias quoque personas et ad territoria connexa; imo iura *comitum* obtinentes et dissolutis ducatibus facti sunt principes sive magnates et optimates regni. Ex quibus patet hos Episcopos non ex Dei concessione aut Ecclesiae reservatione, sed ex variis aliis titulis, qui in specie inquirendi sunt, eam iurisdictionem obtinuisse. Hanc autem potestatem iurisdictionis exercere ipsi debuerunt per *advocatos* seu defensores, qui tamen advocati non raro potius oppressores fuerunt; ideoque Episcopi magis magisque immediate et per se iura illa advocatorum exercere studuerunt. Cfr. *Waller*, Deutsch. Rechtsgesch. § 108. sq., § 183. sq. § 187. sq. § 191. sq. § 199. sq. Cfr. quoque de pacto Calixtino sive de concordato Wormatiensi (a. 1122.) et de regalibus Episcoporum in Alemannia, Burgundia, Italia: *Heffele*, Conciliengesch. tom. V. p. 271. sq.



bus, puta de fide, sacramentis divinoque cultu (18). Quod principium ab ipsis imperatoribus suis constitutionibus agnitum est (19).

Nequit vero negari Praelatos ecclesiasticos pariter primis saeculis, partim ut arbitros a fidelibus electos, partim ut iudices ex privilegiis ab imperatoribus christianis concessis, iudicasse de causis mere civilibus et profanis ipsorum fidelium laicorum (20).

266. Imperio ad christianos delato nulla iam fuit necessitas etiam laicos prohibendi ab adeundis iudiciis saecularibus (21). Atque vel ipso medio aevo usque ad nostram aetatem Ecclesia constanter tenuit principium, iudices ecclesiasticos in causis *mere saecularibus laicorum* non esse competentes, nisi de consuetudine sive iure historico plus obtineant (22).

267. At tempore medii aevi Ecclesia paulatim in non paucas causas, propter connexionem cum rebus religiosis, suam iurisdictionem extendit, quae ex natura sua potius foro saeculari sunt propriae, v. g. in causis matrimonialibus quaestiones incidentes de dote vel de alimentis (23). Item propter adiectum iuramentum negotia quaecunque, etiam a laicis gesta, velut contractus, ad forum ecclesiasticum fuerunt delata, non exclusis testamentis (24). Quare principes saeculares ne nimium

(18) Cfr. c. 1. D. 96. (Syn. Rom. a. 502.); cap. 8. X. de arbit. l. 43.; cap. 2. X. de iudic. II. 1.; *Bened. XIV.*, De Syn. dioceses. Lib. IX. cap. 9. n. 1. sq.; *Devoti*, Inst. can. l. III. tit. 1. § 22., tit. 4. § 3. not. 1.

(19) L. 1. Cod. Theod. de relig. XVI. 11. (a. 399.); L. 7. Cod. de episcop. aud. l. 4.; Archiv. f. k. KR. tom. 37. p. 11.

(20) Cfr. l. Cor. VI. 1. sq.; cap. 6. 7. D. 96.; *Devoti*, Inst. can. lib. III. tit. 1. § 13.-20. 23. 24., cuius sententia § 14. sq. expressa per *Iustiniani*, *Explanationes* in omnes B. Pauli Apost. epist. in cit. cap. ex l. epist. ad Cor. videtur esse corrigenda. Cfr. etiam *Vering.*, *Gesch. u. Pand.* § 109., Inst. iur. eccl. § 180.; *Schmalzgrueber* l. c. lib. V. tit. 33. de privil. n. 75., dicit canone 35. C. XI. q. 1. ab Imperatore Theodosio iudiciis ecclesiasticis fuisse concessum privilegium, ut directe cognoscerent de causis temporalibus laicorum, id quod iure communi ipsis non est datum. Ergo ex concessione Imperatoris hoc ius repetit.

(21) *Devoti* l. c. §§ 19. 23. 24.

(22) Cap. 10. X. h. t. (Innoc. III. a. 1206.); cap. Per venerabilem 13. X. qui fil. s. l. IV. 17. (Innocen. III. a. 1202.); cap. 6. X. h. t. (Alex. III. 1159.-1181.); cap. 7. § 1. X. de appell. II. 28. (Alexand. III.); *Philippus*, *Kirchenrecht* t. III. § 129. in cap. *Novit* 13. X. de iud. II. 1. (Innoc. III. 1204.); *Molitor* in cit. cap. *Per venerabilem*.

(23) Cap. 1. 5. 7. X. qui filii s. l. IV. 17.; cap. 3. X. de donat. inter vir. et ux. IV. 26.

(24) Cap. 13. X. de iud. II. 1.; cap. 3. X. h. t.

restringeretur ipsorum iurisdictio, contractibus iuramenta apponere prohibuerunt, et improvide sanxerunt, iuramentum adiectum, non obstante lege ecclesiastica, carere vi trahendi talem causam ad forum ecclesiasticum (25).

Orphani quoque, pupilli, viduae aliaeque miserabiles personae, declinato foro saeculari, ad iudices ecclesiasticos suas causas deferre poterant (26).

Quae extensio iurisditionis ecclesiasticae in causas non mere ecclesiasticas et spirituales, licet usurpatio minime dici possit, sed ex necessitatibus specialibus medii aevi et in administratione iustitiae ea aetate minus ordinata (ut ipsi aca-  
tholici scriptores fatentur, velut Dove alique), maxime vero propter connexionem illarum causarum cum fine Ecclesiae et rebus mere ecclesiasticis, legitime facta sit, tamen sua quoque habuit incommoda (27). Praeterea regibus regnandi cupidis opportuna visa est occasio impugnandi iurisditionem ecclesiasticam. Hinc in Anglia iam saeculo 12. famosis constitutionibus Clarendunensibus (28) et in Gallia praesertim ex saec. 14. (29) ab auctoritate civili restrictio et limitatio potestatis iudicialis Ecclesiae attentata est. Eodem studio coarctandi limites fori ecclesiastici in Italia facile principes exstiterunt reges Siciliae (30). Nihilominus legislatio canonica iuris Decretalium quoad substantiam est conservata, et in ipso Concilio Tridentino leges latae sunt de obiectis, quae res mere spirituales dici non possunt; at perperam quis inde deduceret, eas non fuisse res vere ecclesiasticas.

Verum potestas civilis vel in ipsas causas mere ecclesiasticas suam iurisditionem extendere studuit, velut in causas matrimoniales, et Ecclesia pacis studio permisit, ut praeter causas clericorum etiam aliae causae temporales, imo etiam causae quaedam iurispatronatus, in foro civili diiudicarentur. partim ex tacita quadam tolerantia, partim expressa conces-

(25) *Bened. XIV.*, De Synod. dioeces. lib. IX. cap. 9. n. 8.

(26) Cap. 1. 2. D. 87. (Gelas. Pap. a. 492.-496.); c. 12. Conc. Matiscon. (a. 585.); cap. 26. X. de V. S. V. 40.; cap. 15. X. h. t.; *Bened. XIV.* l. c. n. 10.; *Boutix* l. c. l. p. 118.; *Zech* l. c. h. t. § 97.

(27) *Vering*, Instit. iur. eccl. l. c.

(28) *Hefele*, Conciliengesch. tom. V. p. 623. sq.

(29) *Hefele* l. c. tom. VI. p. 549. Archiv. f. Literatur u. Kirchengesch. *Ehrle*, Ein Bruchstueck d. Acten d. Concils v. Vienne.

(30) *Sentis*, D. Monarchia Sicula l. c.

sione (31). At falsa principia etiam nostra aetate reprobavit (32), et in concessionibus faciendis ea adhibuit verba, ut salva essent principia canonica (33).

### § 3. DISCIPLINA VIGENS.

268. Causae mere spirituales etiamnum ad forum ecclesiasticum proprio atque exclusivo iure spectant (34).

Quibus causis procul dubio adnumerandae sunt controversiae de fide et moribus (35), de sacramentis (36) et sacramentalibus, de sacrificio Missae, cultu sacro sacrisque ritibus, de orationibus publicis et festis ecclesiasticis totoque iure liturgico, de dispensatione a votis et iuramentis, de officiis ecclesiasticis, de iuribus et obligationibus clericorum, beneficiatorum et regularium, de ambitu iurisdictionis ecclesiasticae et privilegiis exemptionis ecclesiasticae (37).

269. Spiritualibus causis sive mere ecclesiasticis etiam accenseri debent illae, quae, licet forte intrinseca sua natura spirituales dici non possint, tamen spiritualibus ita adnectuntur (38), ut ratione huius connexionis spirituales mereque ecclesiasticae existimari debeant et ab Ecclesia proprio et exclusivo iure, ante omnem positivam reservationem, sint cognoscendae et definiendae. Huc spectant omnes causae de iure patronatus (39), de bonis et redditibus ecclesiasticis, de decimis, de sepultura (40). Quare in omnibus istis causis principes saeculares nullam habent iurisdictionem, nisi positiva inter-

(31) *Bened. XIV.*, De Synod. dioec. l. 9. cap. IV. n. 6. 7.; *Nussi*, Conventiones p. 151. sq.

(32) Cfr. Syllab. Pii IX. pr. 31. 41.

(33) *Nussi* l. c. p. 195. sq.

(34) C. 11. 12. D. 96.; cap. 2. X. de iud. II. 1.; cap. 10. X. de const. I. 2.; cap. 3. X. de ord. cogn. II. 10.; cap. 5. 7. X. qui fil. s. l. IV. 17.; cap. 18. § Prohib. de haeretic. V. 2. in Sext.; cap. 12. de sent. exc. V. 11. in Sext.; *Bouix* l. C. I. p. 73. sq.

(35) Cfr. etiam cap. *Novit.* 13. X. de iud. II. 1.; *Archiv. f. k. KR.* t. 10. p. 253.

(36) Attamen « de effectibus matrimonii civilibus potestas civilis iudicat ». Ita S. C. de Prop. Fide in Instr. de iudic. eccl. circa causas matrim. § 1. (Conc. plen. Balt. III. p. 262.).

(37) *Nussi* l. c. *Leuren*, h. t. q. 91. sq.; *Schmalzgr.* l. c. lib. II. tit. 1. n. 50. sq.; Instr. Prag. 1869. § 89.

(38) Cap. 16. X. de iure patron. III. 38.

(39) Cap. 3. de iud. II. 1.

(40) Cap. 5. X. de decimis III. 30.; lib. III. tit. 28. de sepulturis; Conc. Trid. Sess. XXV. cap. 12. de ref.; *Schmalzgr.* l. c.

cesserit delegatio vel concessio Rom. Pontificis (41). Neque rationem sese immiscendi in cognitionem iudicalem Ecclesiae in his materiis potestas civilis inde repeti potest, quod sententia lata in foro ecclesiastico forte interesse quoddam civile tangatur (42).

Quod si dubium aliquod oriatur, utrum causa quaedam sit mere spiritualis an saecularis, ad potestatem ecclesiasticam spectat dubium authentice decidere. Cui decisioni, cum ab Ecclesia etiam infallibiliter dari possit, si de generali iuris quaestione, non de facto quodam particulari agatur, vel ipsa potestas saecularis sese submittere debet (43).

In causis spiritualibus velut beneficialibus, nisi intercesserit tolerantia quaedam vel concessio expressa Ecclesiae, non tantum de iure sive de proprietate rei spiritualis, sed etiam de possessione privative iudicandum est a iudice ecclesiastico (44).

**270.** Causae maiores Rom. Pontifici sunt reservatae, velut controversiae de fide, de confirmatione, translatione, depositione, resignatione atque generatim de gravibus delictis Episcoporum (45).

**271.** Iudex ecclesiasticus non est competens in causis laicorum, quibus principaliter et directe est iudicandum de re mere temporali, v. g. de causa dotis, alimentorum (46), et quamvis iurisdictione competente non careat in causis temporalibus, de quibus incidenter iudicandum est in causa spirituali (47), v. g.

(41) *Schmalzgr.* l. c. n. 56.; *Bouix* l. c. p. 81.

(42) *Bouix* l. c. p. 76.

(43) Cap. 12. de sent. exc. V. 11. in Sext.; *Schmalzgr.* l. c. l. II. tit. 1. n. 55.; *Bouix* l. c. p. 67. 79.

(44) Cap. unic. de caus. possessione et propr. II. 3. in Clem.; cap. unic. de sequestr. II. 6. in Clem. *Leuren* h. t. q. 92.; *Zech* l. c. h. t. § 103.; *Bouix* l. c. p. 118.; *Nussi* l. c. p. 173. sq.

(45) Conc. Trid. Sess. XXIV. cap. 5. de reform., Sess. XIII. cap. 8. de ref.; *Nussi* l. c. p. 15. 16. 17. 71.; *Devoti*, Inst. can. l. III. tit. 4. §§ 8. 10. et in opere maj. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 74.

(46) Leon. XIII. l. c. Encycl. « Immortale » 1. Nov. 1885.; *Leuren* h. t. q. 108.; *Pirking* lib. II. tit. 1. n. 70.; *Schmalzgr.* l. II. tit. 1. n. 54. 57. 58.

(47) Iudex ecclesiasticus, in cuius tribunali lis legitime pendet, est competens iudicandi de universa causa. Cfr. L. 10. Cod. III. 1. « Nulli prorsus audientia praebeatur, qui causae continentiam dividit et ex beneficii praerogativa id, quod in uno eodemque iudicio poterat terminari, apud diversos iudices voluerit ventilare ». Quare cognitio et praevia decisio quaestionum incidentalium, ad quas decidendas iudex per se competens non esset, et in quas iurisdictionem non haberet, ab uno eodemque iudice causae principalis est perficienda. Cfr. L. 1. Cod. de ordin. iudic. III. 8.; L. 3. Cod. de

de haereditaria successione, dote, alimentis (48), tamen ex disciplina nunc vigenti illarum causarum definitio iudicio saeculari ordinarie relinquitur (49), nisi partes sponte iudices ecclesiasticos tanquam arbitros eligant (50).

**272.** Denique de causis mixtis haec statuenda sunt. Causae mixtae generatim dicuntur illae, quae et in foro ecclesiastico et in foro saeculari definiri possunt, ita ut praeventioni sit locus (51). Ut causa quaedam sensu stricto dici possit mixta, omnino requiritur, ut aut ex natura sua sit temporalis, sed propter adiunctam qualitatem spiritualem etiam subsit iurisdictioni Ecclesiae, aut, licet ex natura sua sit spiritualis, tamen simul sub certo respectu sit temporalis. Qua re fit, ut una eademque causa sub diverso respectu et auctoritati ecclesiasticae et potestati civili ex iure proprio et nativo sit subiecta. Hinc si quando una potestas solummodo competens fit ex concessione vel delegatione alterius, v. g. in iurepatronatus, nonnisi sensu lato causa mixta habetur. Qua distinctione statuta facile patet, non raro a canonistis multoque magis a iuristis causas mixtas allegari, quae revera sensu stricto mixtae dici nequeant, cum per se et sine privilegio a sola Ecclesia sint definiendae (52).

**273.** Causae mixti fori sive sensu stricto sive sensu lato possunt esse causae contentiosae vel criminales. Iure antiquo inter mixtas causas contentiosas recensendae sunt:

iudic. III. 1.; cap. 18. X. de rescr. I. 3.; cap. 38. X. de testib. II. 20. Quod principium sane verum est de iudice ecclesiastico; at non valet in omnibus causis de iudice saeculari. Is enim ne incidenter quidem de causa spiritali iudicare potest, velut de vinculo matrimonii christiani.

(48) Cap. 1. 5. 7. X. qui fil. sint leg. IV. 17.; cap. 3. 7. X. de donat. inter vir. et uxor. IV. 20.

(49) Cap. 2. de except. II. 12. in Sext., ubi de limitatione « si de periculo animarum » agitur. Cfr. etiam cap. 13. X. de iud. II. 1.

(50) Greg. XVI., Regol. giud. § 358. « I Vescovi e gli Arcivescovi, e per essi i Vicari generali nelle diocesi rispettive, sono giudici di prima istanza: 1<sup>a</sup> nelle cause di competenza del foro ecclesiastico, sia per ragione di materia, sia per ragione di persone; 2<sup>a</sup> nelle cause meramente laicali fra meri laici, quando le parti vi consentano nella forma prescritta dalla Costituzione di Benedetto XIV., che incomincia « Romanae curiae praestantiam » nel § « Iurisdictionem vero » (§ 18. d. d. 21. Dec. 1744.). Cfr. Nussi l. c. p. 198. 120. 201.; Instr. Card. Rauscher §§ 244. 245.; Schulle, Eheprocess p. 299.; Bouix l. c. p. 90. sq. p. 116.

(51) C. 39. C. XXIII. q. 5.; cap. 1. X. de off. iud. ord. I. 31.

(52) Schmalzgr. l. c. I. II. t. 1. n. 61.; Reiffenstuel h. t. n. 151. sq.; Bouix l. c. p. 117.; Bellarmin., De matrim. cap. 21.



I. Contractus laicorum iuramento confirmati (53), si de executione contractuum, non de valore iuramenti mota fuit controversia (54).

II. Causa restitutionis, si ab ecclesia petatur contra laicum (55).

III. Causae miserabilium personarum, quatenus optio illis fuit concessa conveniendi suos adversarios in utroque foro (56).

IV. Causae testamentorum laicorum, quatenus legata ad causas pias inserta fuerunt (57).

V. Causae quaedam de matrimonio, de decimis, iure patronatus et de similibus rebus et iuribus spiritualibus aut his adnexis, quando de iis moventur quaestiones meri facti vel de huiusmodi rerum possessione retinenda vel recuperanda agitur contra laicum, neque admiscetur quaestio iuris sive proprietatis. Probe tamen in his causis attendendum est, quis sit ambitus concessionis vel permissionis Ecclesiae (58).

274. Causae vero criminales mixti fori, ut pauca quaedam de hac materia libri V. Decretalium insinuentur, sunt v. g. homicidium, incestus, adulterium, si principaliter ad vindictam huius criminis agatur (59); at si petatur propter adulterium separatio a thoro et cohabitatione, solus iudex ecclesiasticus est competens; — sodomia, periurium, si ad criminis punitiorem agatur, furta sacrilega (60), etc.

(53) Cap. 13. X. de iud. II. 1.

(54) Cap. 3. h. t. in Sext.; cap. 2. de pactis I. 18. in Sext.; cap. 2. de iureiur. II. 11. in Sext.

(55) Cap. 1. X. de in integr. rest. I. 41.; cap. 11. X. de reb. eccl. non alien. III. 13.

(56) Cap. 10. 11. 15. X. h. t.; *Reiffenst.* h. t. n. 154. sq.; *Schmalzgr.* h. t. n. 106. sq.

(57) Cap. 3. 6. 17. 19. X. de testam. III. 26.; Conc. Trid. Sess. XXII. cap. 8. de reform.

(58) *Nussi* l. c. Cfr. *Feije*, De imped. et dispens. matrim. p. 7., ubi Pius VI. in epist. ad Epum Motulensem 16. Sept. 1788. non admittit illam interpretationem Conc. Trid., quod ex causis matrimonialibus eae, quae sint « meri facti », spectent ad iudices laicos. At *Cavagnis* l. c. P. I. pag. 269. tenet potestatem civilem iudicare posse (atque etiam Ecclesiam posse docet) de facti spiritualis mera existentia et quidem in ordine ad effectus temporales, v. gr. si X. est baptizatus, potest acquirere haereditatem talem. Verum sententia *Feije*, de rigore iuris est praefenda, et sententia *Cavagnis* videtur potius referre tolerantiam Ecclesiae.

(59) Cfr. *Suarez* l. c. lib. IV. cap. 11. n. 13. quod matrimonia illicita, v. gr. incestuosa, clandestina, possint *ut delicta* esse obiectum legislationis criminalis potestatis *civilis*, saltem ut est brachium saeculare Ecclesiae.

(60) Cfr. v. g. c. 39. C. XXIII. q. 5.; cap. 1. X. de off. iud. ord. I. 31.; *Devoti*, Inst. can. I. IV. tit. 2. §§ 5. 6.

Nostra aetate Ecclesia non pauca crimina solis poenis spiritualibus coercet poenasque temporales aliis criminibus infligendas relinquit foro saeculari (61).

Si laicus ob crimen quoddam mixti fori a iudice ecclesiastico punitus est, ob idem crimen etiam a iudice saeculari puniri potest, nisi poena a iudice ecclesiastico imposita iam ex sese fuerit plane crimini proportionata et condigna; id quod nostra aetate propter rationem modo allatam et attempta mansuetudine poenarum fori ecclesiastici vix unquam locum habebit (62).

Similiter laicus, si in crimine mixti fori absolutus fuerit a iudice uno, v. g. ecclesiastico, praeveniente iudicem alterius fori, denuo poterit condemnari a superveniente iudice secundo, si secundum allegata et probata nocens reperiatur (63).

## II. De competentia iudicis ecclesiastici ratione personarum.

### § 4. PRINCIPIA FUNDAMENTALIA.

275. Cum competentia iudicis ecclesiastici nihil aliud sit quam iurisdictio ipsi propria, tum in *causam* definiendam tum in *personas*, quibus iustitia est administranda, resoluta priore quaestione de obiecto potestatis iudicis ecclesiastici, ut plene perfecteque de competentia illius constet, altera est examinanda, in quasnam *personas* Ecclesia suam potestatem iudicalem exercere possit. Qua in re certum atque indubitatum est, forum ecclesiasticum esse competens ad exercenda iudicia in omnibus causis ecclesiasticis quoad omnes, qui valide baptizati sunt, sive catholicos, sive schismaticos, sive haereticos. Illi enim omnes et soli ex iure divino vi characteris baptismalis tanquam veri subditi iurisditioni ecclesiasticae in causis ecclesiasticis directe sunt subiecti. Nam eius quis sortitur forum, cuius ligatur legibus; sed Ecclesia suis legibus omnes illos ad obedientiam catholicam constringere potest, “qui se Ecclesiae ipsi per susceptum baptismi sacramentum subiece-

(61) Instr. Prag. a. 1869. § 92. de criminib. clericorum et laicorum in foro ecclesiastico diiudicandis; *Laemmer* l. c. p. 256.

(62) Cap. 5. de poenis V. 9. in Sext.; *Schmalzgr.* l. c. l. II. t. 1. n. 63.; *Reiffenstuel* h. t. n. 163. 164.

(63) *Pirhing* h. t. n. 144.; *Leuren* h. t. q. 147. At cfr. quoque cap. 2. de except. II. 12. in Sext.; *Schmalzgr.* l. c. n. 64.; *Walter*, Deutsch. Rechtsgesch. § 644. Cfr. etiam Greg. XVI., Reg. giud. § 449. sq. Del foro competente in ordine al valore della lite.

runt „ (Pius VI. epistola d. 10. Mart. 1791. ad Episcopos Gal-liae) (64).

Ergo iudiciis quoque ecclesiasticis omnes baptizati sunt subiecti, ipsis principibus saecularibus baptizatis minime exclusis (65). At infideles et ipsi catechumeni, cum legibus ecclesiasticis directe non ligentur neque ligari possint, etiam foro ecclesiastico tamquam veri subditi directe non sunt subiecti. “ Constat certe baptismi ministrum iudicem esse non oportere, cum Ecclesia in neminem iudicium exerceat, qui non prius in ipsam per baptismi ianuam fuerit ingressus. Quid enim mihi, inquit Apostolus, de iis, qui foris sunt, iudicare? Secus est de domesticis fidei, quos Christus Dominus lavacro baptismi sui corporis membra semel effecit „ Ita Conc. Trid. Sess. XIV., Doctrina de s. poen. et extr. unct. sacram. cap. 2.

276. Principium est inconcussum in utroque foro receptum : “ Actor forum rei sequitur „ (66). Omnis igitur cognitio et definitio iudicialis nulla et irrita est, quae fit in foro illius iudicis, cui reus tamquam subditus obedire non tenetur, et cuius forum iure suo declinat (67). Unde ex obligatione sese sistendi certo tantum iudici citanti, ut coram illo ut reus conveniatur, et ex iure huic obligationi correspondente declinandi alia fora, dicitur quis sortiri forum suum competens.

(64) *Roskovány*, Rom. Pontifex tanquam Primas Ecclesiae et Princeps civilis, tom. III. p. 462. Cfr. quoque Decretum pro Armenis; Conc. Trid. Sess. VII. de baptis. can. 7. 8. 13. 14.

(65) Cap. Unam sanctam 1. de mai. et obed. (I. 8.) in Extrav. com.; Syllab. Pii IX. prop. 54.

(66) L. 3. Cod. ubi in rem actio III. 19.

(67) L. 1. 4. Cod. si a non comp. VIII. 48. Quare iudex incompetens, quem partes forte adierunt, *ex officio* causae cognitionem declinare debet. Quo in casu causam partibus restituere debet, simulque urbanitatis causa indicabit quodnam tribunal sit competens.

Quod si iudex in causa quadam definienda fuit incompetens, sententia viribus caret, atque a *superiore iudice*, si partes appellent, *ex officio nulla et irrita* esset declaranda, etiamsi forte partes declarationem nullitatis non postularent. Cfr. cap. 3. X. de consuet. I. 4.; cap. 4. X. de iud. II. 1.; cap. 26. de R. I. V. 13. in Sext.

Iudex, qui competens est, ius habet atque officium defendendi propriam competentiam et reiiciendi invasionem iudicis incompetentis, v. gr. per protestationem, per querelam delatam Metropolitano vel Rom. Pontifici, per mandatum datum subditis illi iudici non competenti recusandi obedientiam etc.

Partes ius habent agendi contra iudicem incompetentem, et iudex, qui propriam competentiam non servat, puniri etiam potest.

Quodsi constat de iurisdictione in *causam* cognoscendam, facile quoque constat de iurisdictione in *reum*, si quis iurisdictionem habet universalem certo loco non coarctatam, ut accidit in Generalibus ordinum religiosorum quoad personas et causas ipsis subiectas. At cum ordinarie iurisdictione inferiorum iudicum ecclesiasticorum primae vel secundae instantiae ad certum territorium sit restricta et extra territorium ius dicenti non pareatur impune (68), ideo legibus ecclesiasticis accurate fuit determinandum, quibus in conditionibus aliquis ex magno forte numero iudicum coordinatorum ita subiiciatur uni, ut coram illo exclusis aliis tamquam reus conveniri possit vel debeat.

Quodsi ex diversis titulis complures iudices sint competentes, qui ab actore adiri possunt, ut reum conveniat, is exclusive fit competens, quem actor de facto adiit et a quo prima citatio legitime insinuata reo post oblatum libellum accusationis emanavit (69). Quae competentia iudicis ex legitimo titulo constituta non cessat, etiamsi coepto iudicio ipse titulus competentiae existere desinat. Hinc ortum est principium utriusque iuris: Ubi coeptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet (70).

#### § 5. NOTAE HISTORICAE.

277. Quodsi Ecclesia finitis persecutionibus laicos in causis civilibus ad tribunalia saecularis potestatis accedere non iam prohibuit, de civilibus causis clericorum, etiam post redditam pacem, veris iudiciis vi suae iurisdictionis spiritualis cognovit

(68) Cap. 2. de const. I. 2. in Sext.

(69) Cap. 20. X. de offic. et pot. iud. deleg. I. 29.; cap. 19. X. h. t.; cap. 2. ut lite pend. II. 5. in Clem. Quare si quis mutat domicilium, ut per se alius iam iudex sit competens, causa inchoata finienda est eo in tribunali, ubi coeptum est iudicium; at si quis causae *renuntiaret* et postea novum *processum* inchoaret, sane prior iudex non maneret competens, cum nova sit lis. Schulte, Eheprocess p. 42. § 12. At ut praeventio illa sit efficax, ipse actus iudicis, v. gr. citatio, debet esse valida. Quod si iudex *declinat* causae cognitionem ipsamque actionem a limine, actor ad iudicem superiorem recurrere potest, et si is decernit actionem esse admittendam, competentia primi iudicis est constituta et ab eo quidem momento, quo *prima actio* fuit proposita. Cfr. de hac re fusius Schulte, Eheprocess § 12.; Instr. Card. Rauscher §§ 103. 104. 136. 144.

(70) L. 30. 7. 34. D. de iudic. V. 1.; L. 19. pr. D. de iuris. III. 13.; L. 4. § 1. Cod. de in ius voc. II. 2.; Instr. Card. Rauscher § 96.



atque adeo clericis severe interdixit, ne lites suas ad forum saeculare deferrent et positiva sanctione iniunxit, ut ab Episcopo vel a synodo provinciali peterent suarum controversiarum iudiciale definitionem (71).

Neque minus Romani Pontifices suis decretalibus caverunt, ne clerici clericis coram iudicibus saecularibus convenirent et paulatim illud quoque efficere studuerunt, ut vel ipsae controversiae inter clericos et laicos nonnisi in foro ecclesiastico definirentur (72).

278. Postquam statuta sacrorum canonum de foro clericorum ex primis saeculis relata sunt, ut ortus et progressus et vicissitudines fori privilegiati melius intelligantur, quid legibus primorum Imperatorum christianorum de illo fuerit statutum, breviter est adumbrandum. Constantinus M. de exemptione clericorum a foro saeculari specialem legem non tulit; at duae illae constitutiones primi Imperatoris christiani tantum concesserunt Ecclesiae favorem, ut practice et de facto clerus a tribunalibus saecularibus fuerit exemptus, quippe cum vel invita altera parte omnis controversia, etiam laicorum, ad Episcopi audientiam potuerit deferri (73). Constantius haeresi Ariana infectus neque optimis motivis ductus anno 355. prohibuit " in iudiciis Episcopos accusari..... Si quid est igitur querelarum, quod quispiam defert, apud alios potissimum Episcopos convenit explorari „ (74). Valentinianus II. vero, accusantibus propinquis vel affinibus ecclesiasticos vel continentes, qui ad captandas haereditates domos viduarum vel pupillarum adirent, a iudicibus saecularibus puniri et exterminari iussit.

(71) Conc. Hippon. (a. 393.) c. 9. c. 6. sq.; Conc. Carthag. XI. (a. 407.) c. 10.; Conc. Chalced. (a. 451.) c. 9.; cuius canonis *Hefele*, Conciliengesch. tom. II. p. 513., benigniorem videtur dare interpretationem neque verbis ipsis conformem, quasi laudato canone Concilii Chalcedonensis clericis non fuerit prohibitum, quominus forum saeculare adirent, *postquam* coram Episcopo frustra compositio fuisset tentata; neque illo canone statuitur: " habeat Episcopus licentiam iudicandi, praecunte tamen vinculo compromissi „, ut voluit a. 452. Valentinianus III. constitutione sua, mox a Maiorano a. 456. quoad necessitatem compromissi abrogata. Gratianus C. XI. q. 1. canon. apocryphos et genuinos de hac materia promiscue allegat. Cfr. Arch. f. k. KR. tom. 38. p. 17. Cfr. de foro clericorum *Hinschius* l. c. V. p. 402. sq.

(72) C. 26. Innocent. I. (a. 404.), c. 12. 13. (Gelasius a. 494. 495.), c. 15. (Pelag. I. a. 555.-560.), c. 38. (Gregor. I. a. 604.), c. 39. (Id. a. 601.), c. 40. (Id. a. 594.) Caus. XI. q. 1.

(73) Cfr. quoque *Euseb.*, Vita Const. lib. IV. cap. 27.

(74) L. 12. Cod. Theod. de Episc. XVI. 2.; Archiv f. k. KR. tom. 38. p. 6. sq.



nari voluit (75), et Gratianus, unus ex melioribus Imperatoribus Romanis, constitutione ad aliquot Episcopos Galliae et Hispaniae a. 376. data sanxit: " Qui mos est causarum civilium, idem in negotiis ecclesiasticis obtinendi sunt, ut si qua sunt, ex quibusdam dissensionibus levibusque delictis ad religionis observantiam pertinentia, locis suis et a suae Dioeceseos Synodis audiantur, exceptis quae actio criminalis ab ordinariis extraordinariisque iudicibus aut illustribus potestatibus audientia constituit „ (76). Quodsi Honorius a. 399. constitutionem promulgavit, qua statuit: " Quotiens de religione agitur, Episcopos convenit iudicare, ceteras vero causas, quae ad ordinarios cognitores vel ad usum publici iuris pertinent, legibus oportet audiri „ (77), id eam ob causam videtur fecisse, ut Episcopos liberaret a molestiis exortis ex constit. ann. 398. data (78). At " clericos non nisi apud Episcopos accusari convenit... siquidem alibi non oportet „ edixit idem Imperator a. 412. L. 41. Cod. Theod. XVI. 2. (79).

(75) L. 20. Cod. Theod. I. c. a. 370.

(76) L. 23. Cod. Theod. I. c. Eo quod haec constitutio saltem proxime data sit ad aliquos Episcopos Galliae et Hispaniae et non toti imperio, *Grashof* in Archiv f. k. KR. I. c. p. 8. putat hanc legem latam esse contra antesignanos et Episcopos Priscillianistarum. Haec sane aliqua probabili ratione coniici possunt; at in lege ipsa saltem expressis verbis nihil habetur, ex quo argui possit, quod contra haereticos sit lata.

(77) L. 1. Cod. Theod. XVI. 11.

(78) L. 7. Cod. de Episc. aud. I. 4. Lege ista 7. statuerant Honorius et Arcadius (relate ad legem Constantini M.) causas *civiles* nonnisi partium *mutuo* compromisso posse ad Episcopos deferri. Iam post legem illam a. 398. datam factum est, ut *laici* compromisso inito audientiam Episcopi adirent; at cum minus illis forte placeret sententia ab Episcopo lata, ad tribunal saeculare recurrerant. Quae tribunalia saecularia tamquam testes citarunt Episcopos, qui antea in causa arbitri exstiterant, et tandem sententiam definitivam pronuntiarunt. Huiusmodi citatio non levis fuit molestatio Episcoporum et correctione ipsorum sententiarum minus fuit consultum dignitati eorumdem. Quare cum Episcopi Africani peterent ab Imperatore, ut ab hoc onere sese sistendi eorum tribunalibus laicis liberarentur, is querelam funditus videtur voluisse auferre *prohibendo*, ne causae laicorum ad audientiam Episcoporum deferrentur. At *de clericis* nihil statuit.

Post mortem Honorii Ioannes quidam, haereticus Arianus, regnum usurpavit (423.-425.). Is pro suo odio in clerum forum ipsius privilegiatum de medio sustulit. At paulo post Placidia Imperatrix, quae pro filio suo minore regnavit, hanc promulgavit constitutionem: " Clericos, quos indiscretim ad saeculares iudices debere deduci infaustus praesumptor edixerat, episcopali audientiae reservamus; fas enim non est, ut divini muneris ministri temporalium potestatum subdantur arbitrio „ L. 47. Cod. Theod. XVI. 2.

(79) Cfr. quoque L. 47. Cod. Theod. XVI. 2.

279. Ius, quo clerus hucusque fuerat usus ex ipsis constitutionibus Imperatorum romanorum, haud leviter immutatum est a. 452. per Valentinianum III. (80). At quod iste Imperator statuerat, ut nonnisi praeexunte vinculo compromissi haberet Episcopus licentiam iudicandi, cum inter clericos iurgium verteretur et ipsis litigatoribus conveniret, a Maiorano iam anno 456. denuo abrogatum est. Cui derogationi Maiorani in Occidente, Marcianus in Oriente alias constitutiones Ecclesiae favorabiles subiunxit (81).

280. Postquam ius ab imperatore Leone I. constitutum (L. 33. Cod. I. 3.) usque ad Iustinianum vim obtinuit, is demum novis legibus ab anno 530. sq. latis forum clericorum ordinare coepit (82). Et actiones quidem si ad negotia ecclesiastica pertineant, iubet, ut a solis religiosissimis Episcopis aut a sanctissimis Patriarchis cognoscantur. Si civilium rerum controversia sit, quaestionem apud Antistites instituere patitur, invitos tamen non cogit, cum iudicia civilia sint, si ea adire malint, apud quae licet etiam de criminibus cognoscere.

Quam legem Nov. 78. 83. 123. fusius explicat et accuratius circumscribit idem Imperator. Atque imprimis manifeste Iustinianus statuit iudicium de ecclesiasticis delictis ad solos Episcopos spectare. " Neque enim volumus talia negotia omnino scire civiles iudices, cum oporteat talia ecclesiastica examinari et emendari animas delinquentium, secundum sa-

(80) Novell. Theod. lib. II. tit. 12. Cuius legislationis novae Valentinianus hanc praemittit rationem: " De episcopali iudicio diversorum saepe causatio. Ne ulterius querela procedat, necesse est praesenti lege sancire ". Etenim non raro acciderat, ut clerici, qui contra laicos agere causam cupiebant, illos inducerent, ut iudicio Episcopi sese subiicerent; at iidem clerici, si laici contra ipsos agebant, sententiam iudicis saecularis tamquam validam non recognoscebant. Huiusmodi incommodis forte lex Valentiniani satis obviabat, si inter laicos et clericos iurgium fuisset exortum; at nulla solida ratio afferri potuit, quare ad litem inter clericos eorum Episcopo disceptandam praevidium clericorum compromissum sit exigendum. Quare iam Maioranus an. 456. saltem hanc compromissi necessitatem pro clericis abrogavit. Cfr. Interpret. ad Novell. Theod. lib. II. tit. 12.: " Lex ista de diversis rebus multa constituit; sed imprimis de clericis quod dictum est, ut nisi per compromissi vinculum iudicium episcopale non adeant, posteriori lege Maiorani abrogatum est ". Inde factum est, ut in Occidente controversiae inter clericos ad audientiam Episcoporum deferrentur atque eodem ambitu Marcianus in Oriente forum privilegiatum clericorum agnovit, et insuper Patriarchae Constantinopolitano speciales dedit facultates ad causas iudiciales dirimendas. Cfr. L. 13. Cod. I. 4. et L. 25. Cod. I. 3.

(81) Cfr. L. 13. Cod. I. 4.; L. 35. Cod. de Episcopis I. 3.

(82) L. 29. Cod. I. 4.

cras et divinas regulas, quas etiam nostrae sequi non dedignantur leges „ (Nov. 83. cap. 1.). Et Nov. 123. cap. 21. § 2. i. f.: “ Si ecclesiastica causa est, nullam communionem habeant iudices civiles circa talem examinationem, sed sanctissimus Episcopus secundum sacras regulas causae finem imponet ... Hisce causis ecclesiasticis adnumeravit etiam sequentes: “ Oeconomos et xenodochos, nosocomos, ptochotrophos et aliorum venerabilium locorum gubernatores et alios omnes clericos iubemus pro creditis suis gubernationibus apud proprium Episcopum, cui subiacent, conveniri, et rationem suae gubernationis facere „ (Nov. 123. cap. 23.). Ad instantiam vero a Menna “ universali Patriarcha „ propositam clericis hoc dedit privilegium (cfr. Nov. 83. praef. una cum Nov. 123. cap. 21.), “ ut si quis habet adversus eos quamlibet pecuniariam causam, prius ad Deo amabilem Episcopum pergat, sub quo constitutus est, et interpellet eum..... nec trahat ad auditoria civilia.... „ “ Et siquidem utraque pars iis, quae (ab Episcopo) iudicata sunt, acquieverit, iubemus per loci iudicem hoc executioni perfectae contradi ... At intra 10. dies a sententia Episcopi ad iudicem saecularem potuit appellari. Quae appellatio a tribunali Episcopi ad tribunal iudicis saecularis pariter fuerat permissa, si Episcopus sive dolo sive impedimentis distentus nimium distulit causae definitionem. Quod si sententia Episcopi confirmabatur, negata ulteriori facultate appellandi, illico executioni fuit mandanda decisio. At si iudex saecularis in sententia ferenda a iudicio Episcopi discrepavit, appellatio ad superius tribunal fuit concessa secundum ordinariam viam appellandi. Quod si Episcopus ex speciali mandato Imperatoris causam definiverat, nonnisi ad Imperatorem potuit interponi appellatio.

Accusatus *clericus*, si ipsius causa in foro saeculari disceptabatur, illud commodum habuit, quod non debuerit constituere fideiussorem, sed tantum cautionem praestare. Cfr. de his Nov. 83. praef. § 1.; Nov. 123. cap. 21. § 2. Cfr. etiam Archiv f. k. KR. tom. 38. p. 20.

Praeter causas proprie ecclesiasticas et causas civiles clericorum haec statuta sunt de causis clericorum criminalibus: “ Si vero crimen fuerit, quod adversus quamlibet memoratarum reverendissimarum personarum inferatur, si quidem apud Episcopum aliquis accusatur, et ipse veritatem invenire potuerit, ab honore aut gradu hunc secundum ecclesiasticas regulas deiciat, et tunc competens iudex hunc comprehendat

et secundum *leges* litem examinans causae finem imponat. Si vero prius civilem iudicem adeat accusator et crimen per legitimam examinationem potuerit approbare, tunc Episcopo locorum gesta monumentorum palam faciat „ Quod si Episcopus sententiam iustam esse deprehenderit, accusatus dignitatibus et officiis ecclesiasticis fuit spoliatus, et sententia saecularis iudicis *postea* executioni mandata: at si Episcopus dissensit, implorandum fuit *ante* sententiae executionem iudicium Imperatoris et clericus accusatus interim sub legitima cautela „ fuit custodiendus „ Cfr. Nov. 123. cap. 21. § 1.; Nov. 83. praef. § 2.

De causis civilibus et criminalibus Episcoporum licet aliqua sit differentia a reliquis clericis, tamen substantialis illa non est, quoniam tandem aliquando secundum iussionem Imperatoris causae poterant civili iudicio committi. Cfr. Nov. 123. cap. 8. „ Nèque pro qualibet pecuniaria causa vel criminali Episcopum ad iudicem civilem aut militarem invitum perducere aut exhibere citra imperialem iussionem permittimus „.

Causae ecclesiasticae vel civiles Episcoporum inter se propositae fuerunt Metropolitae *cum Synodo*, a quibus poterat appellari ad Patriarcham. Si clerici vel laici contra Episcopum causam habebant, apud Metropolitam secundum *leges* fuit disceptandum et ab eo ad Patriarcham appellandum.

281. Absoluta disquisitione historica de foro privilegiato clericorum iuxta sanctiones iuris Romani, reliquum est, ut explicetur, quae fuerit disciplina de immunitate clericorum a foro saeculari in regnis populorum germanicorum inde a saeculo quinto vel sexto totoque medio aevo. Atque in regnis quidem Francorum (83) iterum iterumque Synodi particulares generatim statuerunt, clericos a foro saeculari esse exemptos (84), quamvis aliquae synodi permitterent, ut clerici, si forte in foro saeculari in ius vocati essent, iudicem

(83) Cfr. de modo agendi vel ipsius Theodorici regis Ostrogothorum in Italia: *Thomassin* l. c. P. II. lib. III. cap. 104. n. 12. sq. Cfr. de disciplina in Hispania c. 13. Conc. Tolet. III. „ Ut clerici conclericos suo neglecto Pontifice ad iudicia publica pertrahant, statuimus de cetero non praesumi; sed si quis hoc facere praesumpserit, et causam perdat et a communione efficiatur extraneus „.

(84) Cfr. iam Conc. Vasens. (a. 442.) c. 5.; Conc. Aurel. III. (a. 528.) c. 20. 32., IV. (a. 541.) c. 20., V. (a. 549.) c. 17.; Conc. Lugdun. II. (a. 567.) c. 1.; Conc. Matiscon. I. (a. 581.) c. 7. 8., II. (a. 585.) c. 9. 10. 12.; Conc. Rem. (a. 624-625.) c. 6. 18.; Synod. Aquisgr. (a. 789.) c. 28. 38.



saecularem adire possent (85), aut saltem illud fuit concessum, ut in casu litis inter clericum et laicum partes cum approbatione Episcopi causam ad iudicem saecularem deferrent (86). Praeterea per aliquod tempus mixta exstiterunt tribunalia Episcopi et Comitum ad definiendas controversias inter clericos et laicos agitatas (87).

282. At paulatim ex saeculo octavo et nono illae limitationes fori privilegiati clericorum evanescent tum in sacris canonibus (88) tum in legibus civilibus (89). Hinc iam ex saeculo 12. antequam authenticae promulgarentur collectiones iuris Decretalium, forum privilegiatum clericorum ad omnes causas et civiles et criminales (90) sese extendit, exceptis tantum causis feudalibus (91). Hinc iam Alexander III. in Conc. Later. III. (a. 1179.) c. 14. definivit: " Sane quia laici quidam ecclesiasticas personas et etiam ipsos Episcopos iudicio suo stare compellunt, eos, qui de cetero id praesumpserint, a communione fidelium decernimus segregandos „ (92). Quod ius

(85) Cfr. Conc. Epaon. (a. 517.) c. 11.; Conc. Agath. (a. 506.) c. 32. = c. 17. C. XI. q. 1., c. 8. C. V. q. 6.; *Hefele*, Conciliengesch. tom. II. p. 655. Quoad disciplinam Ecclesiae orientalis saeculo 8. et 9., quae eruitur ex Nomocanone Photii cfr. *Thomassin* l. c. cap. 108. i. f. n. 11. et cap. 109. n. 8. 9.

(86) Conc. Aurel. III. (a. 538.) c. 32.; Conc. Aurel. IV. (a. 541.) c. 20.; Synod. Salisburg. (a. 799. [880.]) c. 3.

(87) Cfr. Synod. Francfurt. a. 794. cap. 30.; *Thomassin* l. c. cap. 108. 109.

(88) Synod. rom. (a. 743.) c. 12.; respons. 70. Nicolai I. ad consult. Bulgar. a. 866.; Synod. Altheim. (a. 916.) cap. 12. 18.; Synod. Lateran. (a. 1059.) c. 10.; Synod. Iaccens. in Aragonia (a. 1060.-63.) c. 1.

(89) Cfr. Caroli M. capit. eccl. (a. 789.) cap. 38., capit. Longob. (a. 803.) cap. 12.; Friderici II. Imperator. const. Auth. " Statuimus „ ad L. 33. Cod. de Episcopis l. 3. " Statuimus ut nullus ecclesiasticam personam in criminali quaestione vel civili trahere ad iudicium saeculare praesumat contra constitutiones imperiales et canonicas sanctiones „.

(90) Cap. 4. 8. 10. 17. X. de iud. II. 1.; cap. 12. 13. X. h. t.

(91) Cap. 5. X. de iud. II. 1.; cap. 6. 7. X. h. t. De causis feudalibus clericorum cfr. *Thomassin* V. et N. E. D. P. II. lib. III. cap. 114. n. 14. et de curiis feudalibus *Waller*, Deutsche Rechtsgesch. § 645. sq.

(92) Cfr. *Thomassin* l. c. cap. 112. Quomodo autem haec immunitas clericorum et consequens institutio tribunalium specialium ecclesiasticorum sese evolverint, bene explicat *Pertile* l. c. § 211., ubi postquam merito animadverterit, quod: " Spettava e spettava per diritto proprio alla Chiesa, come società perfetta, facoltà di invigilare sulla esecuzione delle sue leggi e sull'adempimento dei doveri religiosi da parte dei suoi fedeli, e però di conoscere e punire le trasgressioni di questi e di quelle e giudicare le liti che insorgono sopra materie puramente ecclesiastiche „, notat sub imperio Carolingiorum exercitium iurisdictionis ecclesiasticae in causis



collectionibus authenticis Decretalium comprobatum, non obstantibus multis impugnationibus (93) usque ad Concilium Tridentinum fuit conservatum et ab eodem Concilio confirmatum Sess. XXIII. cap. 6. de reform. Inde vero ab illo tempore forum privilegiatum clericorum arctioribus limitibus circumscriptum (94), donec tandem nostro saeculo quoad *causas mere civiles et delicta communia*, si paucas excipias regiones (95), partim expressa concessione Sedis Apostolicae, partim tacita quadam tolerantia, fuerit maxima ex parte sublatum. Attamen genuina principia etiam nostro saeculo strenue et constanter ab Ecclesia sunt asserta. Id quod patet ex declarationibus Em. Card. Consalvi ex mandato Pii VII. datis (Esposizione dei sentimenti di sua Santità d. 10. Aug. 1819.) et ex prop. 31. Syllab. Pii IX. et eiusdem R. P. Const. "*Apostol. Sedis* „ n. 7. inter censur. spec. mod. R. Pont. reserv. nec non ex Motu proprio Pii X. "*Quantavis diligentia* „ 9. Oct. 1911.

283. Quae hactenus de historia competentiae iudicis ecclesiastici ratione *personarum* exposita sunt, unice spectabant ad forum privilegiatum clericorum. Omissis disquisitionibus

etiam mere civilibus clericorum, quam reveriti fuerant Ostrogothi (cfr. epist. S. Gelasii « Secundum beatitudinem temporum suorum vir praecellentissimus filius meus Theodoricus rex ad nostrum contumaces clericos remisit examen », et non recognoverant Longobardi (Muratori, Antiq. ital. V. 915. 923.) maxime auctum esse. Horum vero imperio cessante leges canonicae de iurisdictione in causis civilibus et criminalibus clericorum ab Ecclesia exclusive exercenda plene firmatae sunt. (Cfr. tamen *Bethmann*, l. c. V. 395. not.; *Ficker*, l. c. III. p. 283.) Imo hoc iurisdictionis exercitium extensum est a clericis strictè dictis ad equites ordinum militarium, ad familiares etiam<sup>93</sup> laicos Episcoporum, ad servos et ad ipsas res mobiles ecclesiasticorum, ad descendentes clericorum legitimos, imo etiam, si de clericis coniugatis agebatur, ad eorum uxores. Hoc forum privilegiatum iam ante Concilium Tridentinum practice in multis restrictum est, quod occasionem dedit quibusdam practicis conventionibus seu concordatis inter auctoritatem pontificiam et regiam, qualia ex. gr. fuerunt institutiones illae tribunalium mixtorum, ex iudicibus scilicet pontificiis et regiis, qualia invenimus Lucae et Pistorii (Cfr. *Molitor* l. c. p. 54.; *Waller*, Deutsch. Rechtsgesch. I. § 308.; *Laemmer* l. c. Similia tribunalia mixta constituta sunt in Concordato inito a. 1741. cum regno utriusque Siciliae. Cfr. *Nussi* l. c. p. 169. 172. Item in Concord. Austr. art. 14. pro causis maioribus Conc. Trid. Sess. XXIV. c. 5. de ref., i. c. de criminibus gravioribus Episcoporum, provisum est ut Sanctissimus Pater et Maiestas Sua, si opus fuerit, provideant), vel delegationes auctoritatis seu iurisdictionis regiae factae tribunalibus ecclesiasticis, quae proinde procedebant tamquam delegati regii.

(93) *Thomassin* l. c. cap. 110. n. 6. sq.

(94) *Nussi* l. c. p. 167. sq.

(95) *Nussi* l. c. p. 203. art. 8. Concord. Aequator. a. 1862.

de foro privilegiato membrorum familiarum principum independentium, supremorum quorundam magistratuum vel virorum nobilium, militum et professorum universitatum, quas legistis relinquimus (96), paucae quaedam notae historicae de foro miserabilium personarum sunt subiungendae. Ut eruitur ex L. unic. Cod. Quando imperator inter pupillos vel viduas vel alias miserabiles personas cognoscat III. 14., lata a Constantino M. (a. 334.), pupilli vel viduae aliique fortunae iniuria miserabiles, sive ut actores sive ut rei, causas suas omissis inferioribus iudicibus illico ad iudicium imperialis serenitatis deferre *potuerunt*, praesertim cum alicuius potentiam perhorrescerent (97).

Quare cum Ecclesiae officium summopere proprium sit defendendi miserabiles personas (98), mirum non est, quod inde iam a primis saeculis contra viros potentes et rapaces magistratus suam in favorem pauperum interposuerint auctoritatem (99). Porro unus ex modis, quibus Ecclesia patrocinium huiusmodi personarum exercuit, fuit singularis favor illis concessus, quod adversarios suos etiam laicos et in causis saecularibus *potuerint* trahere ad forum ecclesiasticum (100). Concilium quoque Trid. Sess. VII. cap. 14. de ref. contra clericos exemptos miserabilibus personis specialem quandam favorem concessit, ut facilius iura sibi debita obtinere possent. Quod forum privilegiatum personarum miserabilium ipsa praxi et consuetudine, iam ante complura saecula multum limitatum, nostra aetate vix iam est ullius practici momenti (cfr. *Bouix* l. c.; *Zech* l. c.).

(96) *Schmalzgr.* h. t. n. 106. sq.; *Renaud* l. c. § 30.

(97) Cfr. quoque Novell. 86. cap. 3. 4. Facultas illarum personarum miserabilium, ut tamquam actores illico imperialem audientiam adirent per se antiquitus non fuit illorum privilegium speciale, cum illud ius unicuique actori competeret; at privilegium singulare factum est, postquam Nov. 86. cap. 3. facultas illa generalis pro actoribus fuit sublata.

(98) Cfr. supra tit. 1. § 1.

(99) *Cfr.* c. 1.-5. (Gelasii Pap. 492.-496.) Dist. 87. aliosque eiusd. dist. can.; *Grisar* in *Actis theolog.* Oenip. tom. I. p. 549. sq. (a. 1877.) de praecleara ratione agendi Gregorii M.; c. 12. Conc. Matiscon. (a. 585.). Cfr. de iure pauperum praesertim quoad expensas iudiciales in processu canonico: *Archiv f. k. KR.* tom. 25. p. 145.; *Renaud* l. c. §§ 32. 232.

(100) Cap. 11. 15. X. h. t.; cap. 26. X. de V. S. V. 40.; cap. 6. X. de don. inter vir. IV. 20.; *Bened. XIV.*, De Synod. dioec. lib. IX. cap. 3. n. 10. 11.; *Bouix* l. c. I. p. 118.; *Zech* l. c. h. t. § 97.

## § 6. DISCIPLINA VIGENS.

## 1. De ordinario et generali modo sortiendi forum.

## I. De foro competenti ratione domicilii.

284. Domicilium habitationis (non originis), quod principalem modum sortiendi forum constituit, dicitur actualis commoratio in aliquo loco cum animo ibidem perpetuo manendi aut saltem per maiorem anni partem. In priori casu ex iure canonico (101) habetur domicilium verum, in altero quasi-domicilium (102).

Praeterea existit domicilium ficticium, quod est locus certis personis ex praesumptione iuris tamquam domicilium legale assignatus, licet forte de facto ibidem non commorentur (103).

285. Domicilium verum, quod quis tempore intentatae actionis in aliqua dioecesi habet, est ratio, propter quam ibidem sortitur forum, et absolute fit subditus tamquam in prima instantia tribunali illius dioecesis (104). Quod forum domicilii est naturale et ordinarium forum quoad universam iurisdictionem ecclesiasticam tam civilem quam criminalem, atque adeo universalius ceteris foris, ideoque concurrit cum quolibet alio foro, v. g. contractus vel delicti (105). Quodsi quis compluribus locis habeat domicilium verum, pro arbitrio actoris conveniri potest (106).

Quasi-domicilium, quod quis habet in aliqua dioecesi certe illud efficit, ut super contractibus ibidem celebratis de-

(101) Cfr. Act. S. Sedis vol. I. p. 129. vol. II. p. 141.

(102) Cfr. S. C. Ep. et Reg. 2. Iun. 1875. in Act. S. Sed. p. 414. Quamvis nihil immutatum sit quoad rationem domicilii in iure canonico, cum tamen ex decreto « Ne temere » S. C. C. 2. Aug. 1907. de forma celebrationis sponsalium et matrimonii statutum fuerit, ut parochus legitime matrimonio assistat « constituto de domicilio vel saltem de menstrua commoratione alterutrius in loco matrimonii », hinc dici potest notionem quasi-domicilii *in ordine ad matrimonium* extensam quodammodo fuisse.

(103) *Schmalzgr. h. t. n. 14.*

(104) L. 2. Cod. de iurisd. III. 13.; cap. 20. X. h. t.; cap. unic. h. t. in Clem. et Gloss. v. Subditi.

(105) Cap. 17. X. h. t.; S. C. C. 28. Ian. 1865. in Act. S. Sed. vol. II. p. 37. sq.; Instr. S. C. Ep. et Reg. 11. Iun. 1880. art. 1.

(106) L. 5. 6. § 2. L. 27. D. ad municipal. L. 1.; cap. 2. de sepult. III. 12. in Sext.; *Schmalzgr. h. t. n. 13.; Leuren h. t. q. 76.*

lictisque commissis in tribunali illius dioecesis tamquam in prima instantia conveniri possit, neque quidquam obstat, quominus etiam de actibus alibi gestis apud iudicem quasi-domicilii in ius vocetur (107).<sup>a</sup>

286. In specie sortiuntur forum:

I. Filiifamilias, quamdiu sub cura patris existunt, eodem loco ac pater.

II. Uxores in domicilio mariti, ubicunque ipsae habitant, illudque retinent etiam mortuo marito (108), quamdiu in viduitate permanent neque habitationem mutant (109).

III. Clerici in loco beneficii, quod residentiam requirit (arg. cap. 3. de temp. ord. l. 9. in Sext).

IV. Religiosi, in monasterio, ubi degunt (110).

V. Vagi, qui neque verum neque quasi-domicilium habent, forum domicilii per fictionem iuris censentur habere eo in loco, in quo actu inveniuntur (111).

VI. Denique personae iuridicae in sede corporationis, v. g. ubi congregationes celebrari solent (112).

287. Non obstante decreto Concilii Trid. Sess. XXIV. cap. 20. de ref., clerici et laici peregrini (113), etiam ex iure nunc vigente, in Curia Romana conveniri possunt de causis spiritualibus et ecclesiasticis, licet alias forum in Urbe uno ex quatuor ordinariis titulis non sortiantur, dummodo ibidem existant,

(107) L. 19. § 2. D. de iud. V. 1.; cap. 15. X. h. t.; Act. S. Sed. II. 140.; *Schmalzgr.* h. t. n. 17.; *Leuren* h. t. q. 84.; *Hinschius* l. c. V. p. 336. de difficultatibus ortis, si quis ad locum nimis remotum a suo domicilio a Legatis vel Delegatis fuit citatus. Cfr. cap. 28. X. de resc. l. 3.; cap. 11. eod. l. 3. in Sext.

(108) Cap. 3. de sep. III. 12. in Sext.

(109) L. 38. § 3. D. ad municip. l. 1.; L. 9. C. de incolis X. 39.; L. unic. C. de mulier. X. 62.; Instr. *Card. Rauscher* § 96.; Act. S. Sed. II. p. 141.; *Schmalzgr.* l. IV. tit. 1. n. 349. 350.; *Zech* l. c. h. t. § 92.; *Schulte*, Eheprocess § 15.; *Bouix*, De iud. eccl. I. p. 277. sq. 267. sq.; *Pirhing* h. t. n. 11. Vidua, quae successive pluribus nupsit, pro sepultura retinet domicilium ultimi viri, « cuius domicilium retinet et honorem », ut dicitur in cap. 3. de sepult. in Sext.

(110) *Pirhing* h. t. n. 18.; Act. S. Sed. I. p. 366. resp. S. C. Ep. et Reg. 6. Maii 1864.

(111) *Leuren* h. t. q. 78. sq.

(112) Greg. XVI., Reg. giud. § 440. de actionibus ex contractu societatis.

(113) *Hinschius* l. c. V. p. 336., ubi de hac re agit et in not. 3. dicit *Molitor* p. 134. non recte explicare cap. 20. X. h. t. II. 2.; Greg. XVI., Regol. giud. § 1644. sq.: Disposizione speciale intorno ai giudizi contro gli esteri od assenti.

nec pro alia et necessaria causa Romam venerint, nec causam habeant domum revocandi litem (114).

## II. De foro competente ratione contractus.

288. I. Quicumque in loco quodam contractum ineunt, in quo domicilium non habent, ibidem etiam forum sortiuntur, sive conveniri possunt ratione contractus vel quasi-contractus (115).

II. Ipso loco, quo contractus initus est, hoc forum quis sortitur (116), nisi expressis verbis, tanquam locus explendae obligationis, locus diversus a loco contractus initi per partes contrahentes sit destinatus. Quo in casu locus solutionis determinat forum contractus (117).

III. Saltem ex iure canonico (118) Ordinarius loci ratione contractus vel obligationis competens non est, nisi reus ibidem sit *praesens* (119); secus dicendum, si partes contrahentes aliter inter se convenerint (120), aut agatur de reddenda ratione administrationis (121), aut haeres succedat in litem a reo defuncto susceptam, aut forte contra contumacem reum tantum immissio in possessionem bonorum sit perficienda (122).

IV. Quod de foro sortiundo ratione contractus iure cautum est, id de obligationibus quoque statutum est ex quasi-contractu susceptis (123), velut de curae vel tutelae administratione vel de negotiorum gestione (124). Verum illud sin-

(114) Cap. 20. X. h. t. et *Fagnanus* in h. cap.; cap. 3. de privileg. V. 7. in Extravag. com.; Conc. Trid. Sess. XXIV. cap. 11. de ref., Sess. XXIII. cap. 1. i. f. de ref.; *Bouix* l. c. p. 267. sq. 277. sq.; *Droste* l. c. p. 20.

(115) L. 19. §§ 2. 3. 4., L. 20. D. de iudic. V. 1.; cap. 17. 20. X. h. t.; *Leuren* h. t. q. 126.; *Schmalzgr.* h. t. n. 32. Cfr. de competentia ratione sponsalium S. C. C. in causa Melevitana 19. Aug. 1899. in Anal. I. P. t. VII. p. 403. sq.

(116) L. 2. § 4. D. de iud. V. 1.; cap. 1. § 3. h. t. in Sext.

(117) L. 1.-3. D. de reb. auctor. XLII. 5.; L. 21. D. de O. et A. XLIV. 7.; *Tancredus* l. c. h. t. § 3.; *Schmalzgr.* h. t. n. 41. 44.; *Bouix* l. c. I. p. 289.; *Leuren* q. 226. n. 2.; Greg. XVI., Regol. giud. § 448.

(118) Cfr. cap. 1. § 3. h. t. in Sext.

(119) Cfr. quoque L. 19. pr. et § 1. D. de iud. V. 1.; L. 1. D. de eo quod XIII. 4.

(120) R. I. 85. in Sext.

(121) Greg. XVI., Reg. giud. § 439.

(122) Cap. 1. h. t. in Sext.; *Schmalzgr.* h. t. n. 41. sq.

(123) L. 19. § 1., L. 36. § 1. D. de iud. V. 1.

(124) Cfr. quoque L. 54. § 1. D. de procurat. III. 3.; L. 1. Cod. ubi de ratiocin. III. 21.



gulare est, quod quis ratione administrationis gestae, sive publicae sive privatae, forum obtineat in loco administrationis, licet ibidem non sit praesens (125).

V. Loco contractus initi reus conveniri potest non solum si agatur, ut contractus observetur, verum etiam si illius rescissio intenditur (126). Locus vero distractus alicuius conventionis factae quoad forum sortiendum aequiparatur loco contractus (127).

VI. Si contractus ineatur uno in loco, sed in alio loco sit implendus, de solemnitatibus atque substantia contractus iudicandum est iuxta leges loci, quo contractus initus est; at processus canonicus, qui forte in loco explendae obligationi destinato instituatur, ordinari debet iuxta ordinem iudicarium illius loci (128). Quodsi uxor dotem repetat, id fieri debet in domicilio mariti, ubi is degit et iuxta iura illius domicili, non ubi promissio data est vel dotale instrumentum est confectum (129), nisi aliter conventum sit (130).

### III. De foro competente ratione rei sitae.

289. I. Ex iuris communis dispositione potest quis conveniri coram Ordinario illius dioecesis, in qua res controversa tempore actionis sita est (131). Ratione rei sitae reus conveniri tantum potest actione reali et mixta, non personali (132); sed in actione reali merito potius res quam persona consideratur. Praeterea probatio causae et executio sententiae in loco rei sitae est faciliior (133).

II. Actor quamvis reum convenire possit in loco rei sitae, tamen pro suo arbitrio eundem etiam in loco domicili in ius vocare non prohibetur, et derelinquendi sunt veteres illi scriptores, qui existimarunt, reum necessario conveniendum esse ab actore in loco rei sitae (134).

(125) Cfr. L. 2. Cod. (III. 21.).

(126) L. 11. § 3. 5. D. de actionib. XIX. 1.

(127) L. 19. § 2. D. de iud. V. 1.; *Leuren* h. q. 127.; *Schmalzgr.* h. t. n. 38.

(128) L. 3. § 6. D. de testib. XXII. 5.; cap. 9. X. h. t.

(129) L. 65. D. de iud. V. 1.

(130) L. 19. § 2. D. eod.; *Schmalzgr.* h. t. n. 40.

(131) Cap. 3. 20. X. h. t.

(132) *Schmalzgr.* h. t. n. 51.; *Pirhing* h. t. n. 48.; *Bouix* l. c. p. 298.

(133) *Leuren* h. t. q. 89.

(134) L. 3. Cod. ubi in rem act. III. 19.; *Schmalzgr.* h. t. n. 56.; *Renaud* l. c. § 33.

III. Ex titulo rei sitae unusquisque reus forum sortitur, etiamsi alias tali iudici subiectus non sit, aut in loco rei sitae praesens non reperiatur (135), iuxta communiozem et probabiliorem sententiam, aut ceteroquin privilegium exemptionis obtinuerit, aut saltem indultum coram certo tantum iudice respondendi (136), aut forte clericus existat.

IV. Forum rei sitae sortitur reus non solum ratione rerum immobilium, sed etiam ratione mobilium (137), quoniam iura inter res mobiles atque immobiles non distinguunt.

V. Generatim reus ratione rei sitae nequit in ius vocari, nisi actione reali vel mixta, minime vero actione personali, nisi sit in rem scripta. Etenim actio realis rem, non personam sequitur (138), ergo etiamsi persona accusati iudici non sit subdita, tamen saltem ratione rei illi subiectae actio intendi potest; actio vero personalis principaliter personam

(135) L. 2. 3. Cod. III. 19.; cap. 5. § 8. X. ut lite non cont. II. 6.; *Schmalzgr. h. t. n.* 50. 53.; *Renaud* l. c.

(136) Cap. 1. de privil. V. 7. in Sext.; *Conc. Trid. Sess. VII. cap. 14. de ref.*; *Bouix* l. c. p. 290.

(137) L. 3. Cod. ubi in rem actio III. 19.; cap. 20. h. t. *Schmalzgr. h. t. n.* 52. Iure antiquo germanico hoc forum tantum valebat pro rebus immobilibus; et in Vatic. fragm. apud *Renaud* habemus: "Actor rei forum, sive in rem sive in personam sit actio, sequitur. Unde perspicis non eiusdem provinciae praesidem adeundum, ubi res de quibus agitur sitae sunt, sed in qua is qui possidet, *sedet* ac domicilium habet.". At per constitutionem Valentiniani, Theodosii, Arcadii a. 385. forum rei sitae saltem pro actione in rem est introductum. L. 3. Cod. III. 19.: "Actor rei forum, sive in rem sive in personam sit actio, sequitur. Sed et in locis, in quibus res, propter quas contenditur, constitutae sunt, iubemus in rem actionem adversus possidentem moveri.". *Bouix* l. c. l. p. 294. cum *Schmalzgr. h. t. n.* 52. addit hanc limitationem ad vocem rei mobilis: "modo in loco existat permanendo, non vero dumtaxat transeundo"; v. gr. si peregrinus cum equo transeat per civitatem, quem civis dicit ad se pertinere. Cuius assertionis eam assignant rationem, quod res non censetur proprie in loco, per quem solummodo transit. At illico addunt duas exceptiones: 1. nisi illa res antecederet furto fuerit ablata; haec enim in loco transitus vindicari potest, non ratione rei sitae, sed ratione delicti; 2. si rei possessor de fuga suspectus sit nec immobilia habeat; nam in casu res in loco transitus recte sequestratur, donec causa a iudice rei cognoscatur.

(138) L. 25. D. de O. et A. XLIV. 7. Hinc iudex territorii, in quo res sita est, non potest procedere contra **personam** possessoris rei aut cum ut contumacem condemnare et punire, quoniam persona secundum se non est subdita eius iurisdictioni. At potest contra possessorem *realiter* procedere, ut, si citatus non compareat, actorem mittere in possessionem bonorum, quae sita sunt in illo territorio. Idemque est de actione mixta sive *in rem scripta*, quae intentari potest in loco rei sitae, quia talis actio non solum personam, sed etiam rem persequitur. Ita fere *Pirking* h. t. n. 48.

sequitur, ergo instituenda est apud illum iudicem, cui principaliter persona est subiecta (139).

Porro actionibus istis realibus ratione rei sitae comprehenduntur non solum actiones in petitorio sive de proprietate (140), sed etiam actiones finium regundorum (141), actiones ut haeredes mittantur in possessionem (142), et generatim actiones de possessorio (143).

#### IV. De foro competente ratione delicti.

290. I. Cum quis ratione delicti in aliquo loco commissi merito subiiciatur iudici illius territorii, cui ratione domicilii vel alio ex titulo subiectus non est, etiam ibidem sortitur forum et condemnari et puniri potest (144), licet forte executio

(139) *Schmalzgr.* h. t. n. 51.; *Pirhing* h. t. n. 48.

(140) L. 3. Cod. ubi in rem act. III. 19.; cap. 20. X. h. t.

(141) Arg. L. 1. D. fin. reg. X. 1.

(142) L. unic. Cod. ubi de hered. III. 20.

(143) *Tancred.* l. c. h. t. § 3.; *Gregor.* XVI., *Regolam. giud.* §§ 430. 436. 437. 441.

(144) Cap. 14. 20. X. h. t.; cap. 1. X. de raptor. V. 17.; L. 1., Authent. Qua in prov. Cod. ubi de criminib. III. 15.; L. 43. D. de noxal. act. IX. 4.; L. unic. Cod. ubi de poss. III. 16.; *Novell.* 69. cap. 1. Quemadmodum forum domicilii pro omnibus causis universim spectatis est forum quam maxime naturale, ita speciatim optimae afferri possunt rationes, quare praeter forum domicilii, quod tamquam generale semper manet, alterum forum speciale pro delictis statutum sit. Etenim:

1. Criminum punitio inter alia ad hoc dirigitur, ut alii a criminibus perpetrandis absterreantur; iamvero haec punitio facienda et hoc exemplum punitionis dandum maxime eo in loco, ubi delictum commissum est, et ubi homines forte sunt magis proni ad delicta illa committenda.

2. Delicta puniuntur, ut publica vindicta sumatur, restituatur ordo laesus, satisfactio detur illi societati, quae per delictum laesa est. At laesa est illa societas, quae existit in loco delicti.

3. Nemo puniendus est, nisi delictum certo sit probatum eique facta fuerit plena facultas sese defendendi; sed probatio et defensio optime fieri possunt in loco, ubi delictum commissum dicitur, nec adeo bene in aliis locis; ergo iure merito statutum est forum ratione delicti.

4. Passim etiam legibus civilibus hoc forum delicti agnitum est. Cfr. art. 14. 15. Cod. proc. pen. Ital.

Qua in re magnum est discrimen inter forum externum et forum internum. Etenim in hoc confessarius, ex sententia ab omnibus nunc admissa, omnes, et parochus suos parochianos potest absolvere a delictis alibi commissis; nam in foro poenitentiae principalis finis non est vindicta publica aut satisfactio societatis laesae aut exemplum dandum, sed reconciliatio cum Deo, supposita confessione ipsius rei.

sententiae, v. g. privationis beneficii, alteri iudici sit committenda (145).

II. Iudex ecclesiasticus ratione delicti fit competens, sive delictum fuerit leve vel grave, sive ordinarium sive extraordinarium (146).

Pariterque forum delicti sortiuntur clerici (147) et personae in dignitate constitutae, salvo iure condito cap. 16. X. de maior. et obed. I. 33. et cap. 8. Conc. Tridentini Sess. XIII. de ref. et cap. 5. eiusd. Conc. Sess. XXIV. de ref.; denique etiam personae privilegiatae vel exemptae (148), nisi in privilegio haec quoque exemptio sit expressa, uti factum est de Episcopis l. c. Conc. Tridentini, et de regularibus, sed attentis limitationibus a Concilio Tridentino Sess. VI. cap. 3. de reform. et Sess. XXV. cap. 14. de reg. inductis (149).

III. Locus delicti commissi is dicendus est, quo *tota* (150) actio criminalis ponitur, quamvis fortasse effectus actionis criminalis alio in loco habeatur. Quodsi una eademque actio criminalis uno in territorio fuerit inchoata, in altero vero consummata; iudex utriusque territorii est competens et praeventioni est locus (151). Denique si diversae sint actiones, quibus delictum perpetratur, ordinarie tantum attenditur locus delicti consummati, nisi ipsa praeparatio delicti sit actio in sese criminalis poenisque subiecta (152).

IV. Quamvis ad constituendam competentiam Ordinarii, in cuius dioecesi delictum est commissum, neque praesentia

(145) Cfr. cap. 14. X. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 59.; *Leuren* h. t. q. 132. sq.; *Pirhing* h. t. n. 22. Si suffraganeus delinquat in dioecesi Metropolitani sui, nequit Metropolitanus in eum censuris animadvertere, et a fortiori non potest quilibet Episcopus, in cuius dioecesi delinquunt alii Episcopi vel Archiepiscopi, hos censuris innodare. Cfr. *Bouix*, De Episcopo tom. I. p. 471. sq.

(146) L. unic. Cod. ubi de possess. III. 16.; L. 1. Cod. ubi de crim. III. 15.

(147) Cap. 14. X. h. t.

(148) Cap. 1. de privileg. V. 7. in Sext.; Concil. Trid. Sess. VII. cap. 14. de ref.

(149) *Leuren* h. t. q. 131.; *Schmalzgr.* h. t. n. 60.

(150) Hinc v. gr. si quis sclopeto feriat vulnere lethali in territorio italico, sed forte per 200 passus possit adhuc progredi et sic ad territorium helveticum transgrediatur ibique moriatur, sane effectus actus criminalis habetur in territorio helvetico, sed *totus* actus seu *tota* actio criminalis, idest machinatio et inchoatio et consummatio actionis, in territorio italico facta est. Quare ratione delicti nonnisi in territorio italico conveniri potest reus.

(151) L. 1. Cod. ubi de criminib. III. 15.

(152) *Schmalzgr.* h. t. n. 69. sq.; *Droste* l. c. p. 30.



rei neque possessio bonorum requiratur, tamen efficaciter in personam rei ille Ordinarius procedere nequit, nisi reus in dioecesi illa actu reperiatur (153), aut ante egressum citatione insinuata sit praeventus (154). Quodsi reus ante citationem factam sibi quae insinuatam ex dioecesi discessit, iudex loci delicti commissi non iam habet iurisdictionem in personam rei (155); at si constet, ubi reus extra dioecesim versetur, iudex habitationis pro remissione rei requiri, aut si lateat, per edictum publicum in territorio delicti commissi promulgatum citari potest (156), simulque bona, quae reus in loco delicti possideat, annotari possunt, aut si alibi bona habeat, iudex illius regionis requiri potest, ut immittat actorem in possessionem illorum bonorum (157).

V. Forum delicti commissi non est exclusivum, sed cumulative concurrit cum foro domicilii accusati (158), et assertio Zachariae, etiam iure canonico ad accusanda delicta solummodo admitti forum delicti commissi, neque ex cit. cap. 14. X. h. t. comprobatur, neque in praxi ecclesiastica habet fundamentum (159). Denique saltem in foro ecclesiastico reus, qui

(153) Cap. 14. X. h. t.

(154) Cap. 19. X. h. t.; *Pirhing* h. t. n. 23. Nam iuxta cap. 19. h. t. pars citata per citationem legitimam fit quodammodo subdita et subiecta manet etiam quoad personam; quare si post citationem legitime factam non compareat, potest contra eam procedi, processus institui, contra ipsam excommunicatio, suspensio, privatio beneficii, vel alia poena pronuntiari, bonorum annotatio decerni. Cfr. cit. cap. 19. h. t.; cap. 2. 3. 4. 5. X. ut lite non contest. II. 6.; c. 8. de dolo II. 14.

(155) Cap. 2. § Quodsi punitio, de sent. et re iud. II. 11. in Clem.

(156) Novell. 134. cap. 5.

(157) Cap. 1. § 3. h. t. in Sext.; *Schmalzgr.* h. t. n. 62. Sed extra territorium suum iudex loci delicti reum prosecui et rapere non potest, quia iurisdictionem extra territorium exercere nequit, neque sententiam alicuius corporalis poenae inflictivam pronuntiare potest, nisi hoc sit ei concessum a suprema auctoritate. Nov. 134. cap. 5.: - Si quis autem eorum, qui criminum rei sunt, lateat, vel provinciam, in qua crimina commisit, reliquerit, iubemus, ut legitimis edictis a magistratu vocetur, et si non obederit, ea in illum statuatur, quae legibus nostris definita sunt ..

(158) *Bouix* l. c. I. p. 309.; *Renaud*, l. c. § 38.

(159) Acta S. Sed. II. p. 141.; *Droste* l. c. p. 29. Quare inter Ordinarium domicilii et Ordinarium delicti commissi est praeventio locus, ita ut is, qui prior reum citaverit, causam quoque praeeoccupaverit. Nam forum domicilii iure merito ab auctoribus vocatur generale, quoniam ipsius iurisdictioni sese extendit ad omnes causas rei; at forum contractus, delicti, rei sitae, est et vocatur forum particulare, quoniam iudex sive loci delicti, sive contractus, sive rei sitae, in hac causa particularem tantum et sub hoc respectu habet iurisdictionem. Cfr. *Schmalzgr.* h. t. n. 72. de illo casu, quo



versatur extra locum tum domicilii tum delicti commissi, ratione deprehensionis ab Ordinario, cui locus actualis habitationis rei subiectus est, iudicari et puniri nequit; nam in fontibus iuris canonici forum deprehensionis non commemoratur (160).

2. *De foro competente privilegiato sive singulari clericorum.*

**I. De natura et convenientia et origine  
fori privilegiati clericorum.**

291. Quodsi clericis personisque ecclesiasticis vindicatur forum privilegiatum sive, ut alii dicere malunt, forum singulare (161), vi cuius illorum causae, omnino excluso iudice saeculari, reservantur unice iudicibus ecclesiasticis, id intelligendum est de causis *mere temporalibus* clericorum, sive civiles sunt sive criminales, nisi specialis exceptio facta sit (162), non de causis *mere spiritualibus* et ecclesiasticis (163). Nam de his causis *mere ecclesiasticis* Ecclesiam esse exclusive competentem ad iudicia exercenda nedum inter clericos, sed etiam inter laicos, saltem a viris catholicis, in dubium non vocatur. Quare universa disputatio de natura et origine huius fori privilegiati clericorum eo tandem reducitur, quis in his causis *mere temporalibus* clericos convenienter et legitime subduxerit foro saeculari (164).

alia poena constituta est delicto in loco delicti, alia in loco domicilii delinquentis.

Si iure communi factum prohibitum est, illa poena infligenda est, quae statuitur loco delicti, etiamsi delinquens ignoret poenam suo crimini statutam in illo loco. Si vero factum delinquentis prohibitum sit tantum iure speciali, non communi, sed actio illa sit prohibita et in loco delicti et in loco domicilii, eadem est responsio ac in praecedenti casu. Denique si tantum in loco delicti actio illa sit prohibita et agatur de lege, quae spectet utilitatem publicam et liget etiam peregrinos, eadem responsio danda est; si autem talis non sit lex, peregrinus a poena eximitur.

(160) Cap. 20. X. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 66. 72.; *Droste* l. c. p. 31.

(161) *Zech* h. t. § 86.

(162) Cap. 2. X. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 79. sq.

(163) Cfr. Syllab. Pii IX. prop. 31.

(164) *Zallinger* h. t. §§ 59. 69. Iuverit hic accurate determinare notionem fori privilegiati vel singularis. Nam non agitur de privilegiato quodam foro clerici ratione causae ecclesiasticae; sub hoc enim respectu clerici et laici aequiparantur, quoniam in causis *mere ecclesiasticis*, ut vidimus, tum pro clericis tum pro laicis Ecclesia est exclusive competens. Nam eius quis sortitur forum, cuius ligatur legibus. Porro in causis *mere spi-*

292. Convenienter statutam fuisse exemptionem clericorum maxime patet in ipso Rom. Pontifice, qui est Pastor supremus omnium fidelium, atque etiam in rebus temporalibus, non

ritualibus Ecclesia est exclusive competens ad leges condendas; est ergo etiam exclusive competens ad iudicia in iis exercenda, sive de clericis sive de laicis agatur.

Hinc agitur de solis causis in se temporalibus, ut de testamento vel haereditate aut de bonis patrimonialibus, licet propter connexionem cum persona clerici, quae aliquo modo ut sacra habetur, aliquam forte dici possint rationem spiritualitatis induere. Et quidem agitur de omnibus huiusmodi causis, sive civilibus seu contentiosis sive criminalibus, quae tamen non sunt iam ex natura sua Ecclesiae iudicio reservata, ut esset causa haeresis, sed quae per se versantur circa crimina civilia, ut esset homicidium, furtum, etc.

Quoniam autem de solo foro privilegiato clericorum agimus, ideo quaestio de immunitate clericorum restringitur ad quaestionem de exemptione a iudiciis sive tribunalibus saecularibus. Quare quaestio quousque sese extendat exemptio cleri a legibus civilibus et unde repetenda sit obligatio illico observandi eas leges civiles generales iuris civilis, quae nihil continent contra dignitatem cleri, v. gr. si alicubi prohibeatur usus privatus selopeti sine specialissima licentia, est quidem quaestio intime cum hac nostra connexa, sed alia omnino est a quaestione hac praesenti, nec spectat ad tractationem nostram et dirimi recte alibi solet v. gr. in lib. I. tit. 2.

Denique ut certa habeatur notio fori privilegiati probe notandum est discrimen inter fora privilegiata laicorum in foro civili et forum privilegiatum quod in rigore iuris vindicatur clericis. Etenim laici illi, v. gr. milites, qui forum sortiuntur privilegiatum in foro civili, illud hoc sensu sortiuntur, quatenus tribunalia, ipsis reservata, non sunt tribunalia ordinaria, quae constituta sunt pro omnibus aliis civibus; attamen tribunalia militaria manent intra forum saeculare et sunt species quaedam sub genere tribunalium saecularium, et *iurisdictio*, quae in illis exercetur, est *iurisdictio saecularis*.

Sub hoc respectu etiam clerici possunt intra forum saeculare sortiri verum quoddam forum privilegiatum, v. gr. si princeps statueret, ut sicut milites propria habent tribunalia a tribunalibus ordinariis aliorum civium distincta pro causis tum civilibus tum criminalibus, ita etiam clerici pro utroque genere causarum haberent tribunalia propria ab ordinariis tribunalibus distincta, in quibus causae omnes clericorum tum civiles tum criminales disceptandae essent, et quidem ab aliis clericis, qui privative ab aliis in dictis tribunalibus iudices essent. At huiusmodi tribunal clericorum, licet vero quodam sensu privilegiatum dici posset in ordine et relative ad alia tribunalia ex iure communi pro aliis civibus constituta, essent tamen tribunalia *intra forum saeculare*, quoniam *vi saecularis iurisdictionis a principe datae* causae clericorum in iis cognoscerentur et definirentur.

Nos ultra procedimus et asserimus clericos habere forum privilegiatum et privilegiata tribunalia, quae sint simpliciter *extra* forum saeculare universum et non tantum extra tribunalia ordinaria saecularis fori, et quae sint constituta in solo foro ecclesiastico, et Ecclesiam per clericos iudices *vi suae iurisdictionis spiritualis* cognoscere etiam de causis saecularibus seu temporalibus clericorum.

directam, sed indirectam habet potestatem (165). Alii quoque clerici vere sunt personae quaedam sacrae et pro diverso suo gradu sane eodem iure gaudent foro quodam privilegiato ac quatuor illae species hominum, quibus in societate civili usque ad nostram fere aetatem forum quoddam privilegiatum non negatur. Quare quamvis aliquae rationes, propter quas tempore mediæ aevi exemptio clericorum a foro saeculari fuerat constituta, nostra aetate non iam existant (166), tamen tot supersunt rationes fori illius quoad substantiam conservandi, ut minime defendi possit sententia: "ecclesiasticum forum pro temporalibus clericorum causis, sive civilibus sive criminalibus, omnino de medio tollendum est, etiam inconsulta et reclamante Apostolica Sede „ Cfr. Syllab. Pii IX. prop. 31. Neque ullius sunt ponderis argumenta, quibus et antiqui adversarii et novi privilegiatum clericorum forum impugnarunt (167).

293. Forum privilegiatum sive exemptum a quavis iurisdictione saecularium iudicium et potestatem competit Rom. Pontifici saltem ex illo iure divino, quod connaturaliter sequitur ex ipsa institutione divina Primatus. Etenim vera iurisdictio in aliquem hominem non existit, si ab illo pro suo iure impediri vel ligari potest; cum vera iurisdictioni requiratur, ut etiam in invitum possit exerceri. At R. Pontifex potest, si velit, ligare et impedire iurisdictionem saecularem in suam personam exercendam, ergo vi primatus subductus est iurisdictioni saeculari. Praeterea ius canonicum, quo immunitas universi cleri et Rom. Pontificis a foro saeculari statuitur, ab ipso Rom. Pontifice conditum est. Quibus in legibus condendis Rom. Pontifex et infallibilis fuit legislator, qui aliena iura non invasit et antecederet potestati saeculari non potuit esse subiectus: nam sola sua voluntate a subiectione debita nequit se quis subducere; ergo antecederet, non iure humano, sed divino immunis est ab omni iudicio saeculari. Quare primis Ecclesiae saeculis Rom. Pontifices "quoad factum „ non "quoad ius „ principibus saecularibus erant subditi et nostra quoque aetate Leo XIII. in allocut. Kal. Iun. 1888.

(165) Cfr. Innoc. III. cap. Per venerabilem 13. X. qui filii s. leg. IV. 17.; *Molitor* in h. cap.

(166) Cfr. v. g. c. 20. 22. C. II. q. 5.; *Thomassin* l. c. cap. 112. n. 5.

(167) Cfr. *Zallinger* h. t. § 68. sq.; *Zech* h. t. § 87.; *Kober*, D. Depos. p. 130. sq. p. 142. sq., qui *facta* historica magna cum eruditione proponit, sed minus accurate sectatur in hac re sana principia *iuris canonici*.

habita, qua contra novum Codicem criminalem regni Italiae protestatus est, solemniter edixit: " Princeps omnium (magistratum ecclesiasticorum est) Pontifex Romanus, universae Ecclesiae *divino iure* praepositus idemque Dei solius potestati iudicioque subiectus " (168).

294. Clerici vero Rom. Pontifice inferiores exemptionem a foro saeculari nequaquam *ex stricto iure divino* consecuti sunt, quasi illa praerogativa singulis clericis immediate a Deo fuisset concessa, aut propter mandatum quoddam speciale Dei, Romano Pontifici datum, singuli clerici a foro saeculari essent eximendi. Verum ius divinum nonnisi sensu lato et improprie causa exemptionis clericorum dici potest, quatenus Rom. Pontifex vi sui officii convenienti quadam ratione pro diversitate temporum et locorum dignitati status clericalis consulere debet, et illa exemptio clericum in causis temporalibus aequitati naturali multum congruit. At *propria causa efficiens* huius exemptionis sunt leges *canonicae*, quibus immunitas illa clericorum aut immediate constituta et postea per leges quoque principum christianorum munita est, aut privilegia, quae per Imperatores populosque christianos oblata Ecclesiae ab ipsa acceptata et pro sua potestate confirmata sunt (169).

Minime vero nostra aetate illa sententia teneri potest, quae ex solo iure civili originem fori privilegiati clericorum repetit (170).

(168) Cfr. quoque praeclaram Const. Nicol. III. dat. Viterbii XV. Kal. Aug. 1278. = cap. 17. de elect. I. 6. in Sext.; *Schmalzgr.* h. t. n. 74. 96. sq.; *Palmieri*, De Romano Pontifice th. XXIV., aliosque, qui hanc doctrinam, iam a *Suarez* adversus Angliae regem praeclare defensam, optimo iure sequuntur.

(169) Cfr. compil. V. h. t. cap. 2., ubi Honorius III. Constit. Friderici II. approbat et confirmat; *Zallinger* l. c. h. t. § 73.

(170) Cfr. Syllab. Pii IX. prop. 30.; *Zallinger* h. t. § 68. sq. Ut probetur ex solo iure civili repetendam esse immunitatem clericorum, dicitur: *temporalia* soli Imperatori vel principi civili sunt subiecta: ergo ad probandam immunitatem clericorum ius divinum vel canones non sunt allegandi. Cui difficultati respondetur admittendo antecedens cum ista limitatione, scilicet: exceptis iis, quae ipse Deus aut Ecclesia pro sua potestate subduxit. Non enim ex natura rei *materiali* illico inferendum est illam auctoritati civili esse subiectam, sed relationes quoque morales et iuridicae sunt attendendae. Ita v. gr. bona temporalia Ecclesiae sane in se et physice spectata sunt res temporales; at sunt bona societatis perfectae et cultui divino destinata. Praeterea Ecclesia iterum iterumque immunitatem adscribit iuri divino et canonico; v. gr. cap. 4. de cens. in Sext.; Leo X. in Conc. Lat. V. sess. 9.; Conc. Trid. vero repetit hanc immunitatem ex Dei ordinatione et



## II. De iudice competente in causis clericorum.

295. Clerici inferiores aliaeque personae ecclesiasticae foro privilegiato praeditae, si a iurisdictione episcopali non eximantur, in prima instantia coram Episcopo (171), qui propter unum ex quatuor titulis supra enumeratis proprius illorum iudex ecclesiasticus existit, conveniri possunt et debent, tum in causis civilibus tum in criminalibus (172), verum intra

canonicis sanctionibus. At sane absonum est Concilia generalia et ius commune aliquid repetere ex iure divino et canonico, quod revera nitatur solo iure humano et principum gratia. Quod si dicatur auctores catholicos esse, qui immunitatem hanc repetunt ex solo iure humano (ut videtur docere *Kober*, D. Depos. u. Degrad. p. 173.), hi certe nunc sunt omnino derelinquendi, et praeterea notandum eos quidem multos forte articulos repetere ex iure humano, idest canonico, sed non omnes. Et quidem immunitas haec non est concipienda tamquam quid unum et indivisibile, sed tamquam aliquod compositum ex pluribus inter se distinctis, quorum unum tolli potest sine altero, et quaedam ex his, idest quidam articuli, immediate solo iure canonico sunt stabiliti, at alii spectant res mere spirituales et quoad illos recte exemptio a iure divino est repetenda. Hinc cum Concilio Tridentino pro universa exemptione duplex causa assignari potest, canonica sanctio et Dei ordinatio. Cui solutioni non obstat, quod capite 4. cit. de censibus in Sext. et Conc. Lat. V. immunitas haec videatur adscribi iuri divino generaliter, et ius ab Ecclesia conditum non vocetur divinum. Nam capite 2. de privil. in Sext. haec leguntur: « Providimus, ut ibidem de cetero regatur et vigeat studium iuris divini et humani, *canonici videlicet et civilis* ». Et similiter capite 1. X. de iuram. calumn. leges divinae, quae distinguuntur ibi a legibus humanis, ex contextu evidenter sunt leges canonicae contrapositae legibus civilibus. Quare recte *Zallinger* l. c. § 70. notat: « Auctores quidam dicunt: immunitas in genere vel in thesi est immediate ex iure divino. At enim immunitas non ita pro genere haberi potest, ut articuli hoc genere comprehensi tamquam subiectae species considerentur, secus id quod praedicatur de genere (esse immediate ex iure divino) de quavis specie generi subiecta praedicandum esset secundum regulas dialecticas. Quapropter quae vulgo confundi solent, ea distinguere conatus sum et ad singulos immunitatis articulos proprios iuris locos ac decisiones adieci ». Et eodem loco idem auctor, licet concedat Concilium Tridentinum in illis verbis « Dei ordinatione » posse intelligi de iure divino stricto, quod distinguatur a canonicis sanctionibus, admittit tamen posse etiam accipi de divinae providentiae dispositione sensu lato.

(171) « Cum quaesitum esset an de consensu Episcopi posset causa civilis contra clericum in prima instantia in Curia introduci, nisi partes ambae consentiant, non obstante cap. 20. Sess. XXIV. de ref., S. C. censuit causam de Episcopi consensu non posse in prima instantia in Curia introduci, nisi partes etiam consenserint. d. 4. Aug. 1691. ». *Richter* ed. Conc. Trid. p. 389. Cfr. etiam *Bened. XIV.*, Inst. eccl. 40. cit. a *Richter*.

(172) Can. 39. sq. C. XI. q. 1.; cap. 1. X. h. t.; Conc. Trid. Sess. XXIV. cap. 20. de ref.



fines dioecesis (173), nisi agatur de casu excepto in Clem. cap. unic. h. t. (174).

296. Regulares vero alique exempti suis subiiciuntur Prae-  
latis neque ad regulares spectat decretum Concilii Tridentini  
Sess. XXIV. cap. 20. de ref., ita ut neque quoad competentiam  
Superiorum regularium neque quoad instantiam quidquam  
innovatum sit, quemadmodum declaravit Paulus V. Const.  
“*Religiosorum*”, 24. Aug. 1607., salvo tamen decreto eiusdem  
Concilii Tridentini Sess. VII. cap. 14. de ref. (175).

Quomodo nostra quoque aetate auctoritas Episcopi in  
causis clericorum cognoscendis et definiendis conservari pos-  
sit et debeat, statuit S. C. s. Officii 23. Iun. 1886. (176).

297. Rom. Pontifex, qui tamquam supremus Ecclesiae pa-  
stor nulli iudici saeculari subiicitur, est solus iudex compe-  
tens Episcoporum in causis criminalibus (177), nisi speciali  
lêge ab ipso Pontifice aliter constitutum sit (178). Minores cau-  
sae criminales Episcoporum in Concilio provinciali cognoscen-

(173) Cap. 7. de offic. ord. I. 16. in Sext. “*Intra fines dioecesis*”; nam  
etsi Episcopus in quolibet loco suae dioecesis iurisdictionem exercere possit  
(cfr. cap. 7. de off. ord. in Sext.), extra dioecesim tamen saltem iurdictio-  
nem contentiosam exercere non potest, quia extra territorium ius dicenti  
non paretur impune. Cfr. cap. 2. de const. I. 2. in Sext. Huc autem non  
spectat illa potestas correctiva, quae commemoratur a *Schmalzgrueber*  
h. t. n. 76., in Capitulis, quia potius est potestas quaedam oeconomica, non  
vere iudicialis sive vera iurisdictione.

(174) Cfr. quoque *Schmalzgr.* h. t. n. 74. sq.; *Bouix* l. c. I. p. 269.;  
*Droste* l. c. p. 21.; *Archiv f. k. KR.* tom. 15. p. 337. Casus vero ille exceptus  
habetur, si Episcopus (de aliis iudicibus inferioribus hoc non valet) sede  
sua pulsus sit, ita ut non possit in propria dioecesi ius dicere. Quo in casu  
si uterque litigator, vel saltem reus conventus, sit ipsius Episcopi expulsi  
subditus (quia non est concessa facultas iudicandi in aliena dioecesi de  
subditis alienis) et ab Episcopo petita fuerit licentia a respectivo loci Or-  
dinario, potest ibidem iudicia exereere, etiamsi licentiam post petitionem  
non obtinuerit. *Schmalzgr.* h. t. putat processum fore nullum, si licentia  
non fuerit saltem petita; at expressus aliquis textus sive auctores hoc  
defendentes ab ipso non citantur.

(175) Cfr. quoque decreta S. C. C. post cit. cap. 14. in ed. *Richter* Conc.  
Trid. p. 55. 56.

(176) *Arch. f. k. KR.* tom. 7. p. 200. sq.

(177) Can. 7. C. VI. q. 4. = c. 4. Conc. Sardic. (343.-44.); Conc. Trid.  
Sess. XIII. cap. 8. de ref.; Sess. XXIV. cap. 5. de ref. Cfr. *Soglia* l. c. § 208.  
Paul. IV. Const. “*Cum saepius*” a. 1556. causas Cardinalium ad Rom. Pon-  
tificem advocavit.

(178) Cfr. v. g. Concord. Austr. (a. 1855.) art. 14. et decret. S. Congreg.  
S. Off. 23. Ian. 1883.; *Archiv f. k. KR.* tom. 56. p. 183.

dae et terminandae sunt (179), vel a deputandis per Concilium provinciale, iuxta Concilium Tridentinum Sess. XXIV. cap. 5. de ref. In causis vero civilibus Episcoporum cognoscendis et definiendis Metropolitanus non est competens, nisi alicubi ex speciali consuetudine id obtineret (180).

298. Iudex saecularis, coram quo clerici (181) in suis causis civilibus vel criminalibus conveniri nequeunt (182), nisi agatur de casibus a iure exceptis (183), potest generaliter fieri competens in causis temporalibus clericorum ex sola concessione Rom. Pontificis (184), qui solus pro plenitudine suae potestatis ius commune abrogare vel mutare potest (185). In

(179) Cfr. causam Episc. Senecensis actam in Conc. prov. Ebredunensi in Coll. Lac. vol. 1. col. 635. sqq.

(180) *Barbosa*, Ius ecclesiast. univ. l. I. cap. 7. n. 46.; *Zitelli*, Apparatus iur. eccles. p. 114.; Novell. 123. cap. 22.; *Schmalzgr.* h. t. n. 74. et l. I. tit. 31. n. 22.; *Bouix*, De Episcop. tom. I. pag. 457. sq., ubi doctrinam *Card. Petra* († 1747.) de hac materia repetit. At *Card. Soglia* l. c. § 208. defendit Metropolitanam esse iudicem competentem in causis civilibus Episcoporum suffraganeorum. Id exinde probat: 1<sup>o</sup> Quod Conc. Trid. nihil disposens de causis civilibus Episcoporum, eas reliquerit sub sanctionibus iuris antiqui. Atqui iure antiquo Metropolitanae erant competentes (?); 2<sup>o</sup> eo quod haec resolutio a S. C. C. fuerit acceptata et provocat ad collectionem *Gallemart*: 3<sup>o</sup> quod *Card. Petra* late probat decretum S. C. Ep. et Reg. ad Arch. Reg. 31. Maii 1588. huic sententiae non obstare (ad const. 2. Leon. X.).

(181) *Durantis* l. c. lib. II. part. I. tit. De competentis iudicis additione § Generaliter n. 26. bene affirmat fideiussorem laicum pro clerico coram iudice saeculari posse conveniri, eo quod privilegium *personale* (quale est exemptio) personam clerici non egreditur. Cfr. quoque cap. un. de cler. coniug. III. 2. in Sext., ex quo patet clericos minores, si coniugium ineant, licet privilegia clericalia retineant, dummodo conditiones observent a iure praescriptas, forum tamen privilegiatum retinere in criminalibus tantum, non in civilibus.

(182) Cap. 2. X. h. t.; cap. 2. h. t. in Sext.

(183) Cap. 6. X. h. t.

(184) Ut suo loco iam indicavimus, duplex quaestio est hac in re distinguenda, scilicet: a' num saecularis sive laicus possit delegari a R. P., ut iudicet clericos vi iurisdictionis spiritualis a R. P. acceptae; b' num iudex saecularis, qui ut plurimum erit laicus, iudicare possit clericos vi suae iurisdictionis saecularis seu temporalis a principe civili acceptae. Primae quaestioni hic respondemus, altera quaestio in superioribus fuit soluta.

(185) *Nussi* l. c. p. 167. sq. p. 193. sq. Apud veteres auctores tantum illa reperitur controversia num Episcopus possit delegare laico potestatem cognoscendi de causis civilibus vel criminalibus clericorum. Dubitandi ratio fuit caput 18. h. t., ubi clericis conceditur facultas prorogandi iurisdictionem iudicis alieni de consensu Episcopi, si sit persona ecclesiastica; ergo si persona sit saecularis, Episcopus non videtur posse consentire in talem prorogationem. *Schmalzgrueber* respondet ad cognoscendas causas

casibus vero particularibus nostra aetate, quoad iudicia exercenda per iudices saeculares de causis temporalibus clericorum (186), standum est decretis S. Congr. s. Officii 1. Febr. 1871.

civiles clericorum in casibus particularibus, non vero ad universitatem causarum, delegari posse ab Episcopo laicum, non autem ad causas criminales clericorum. Nam, ait *Schmalzgrueber* l. c., eique quoad substantiam consentit *Pirhing* h. t. n. 56., ante omnia delegatum ad universitatem causarum equiparari iudici ordinario, iurisdictionem vero ordinariam in clericos Episcopum aut alium Papa inferiorem non posse concedere, quia privilegium hoc immunitatis iure communi clericis concessum est. Ad causas vero criminales hoc non posse extendi, quia hoc cederet in contemptum status et ordinis clericalis. Illi porro difficultati ex cap. 18. h. t. petita respondet negando paritatem, quoniam eo in casu prorogaretur iurisdictio ordinaria in laico et sic laicus iudicaret iure proprio de clerico, quod fieri nequit, ne cum consensu quidem Episcopi; at in nostro casu delegatus laicus utitur iure et vice delegantis, quia delegatus quasi proprium nihil habet, et sic iurisdictio eius ecclesiastica censi debet. At hoc responsum non videtur admodum firmum, nam quaestio praecise est an Episcopus hanc spiritualis iurisdictionis delegationem laico possit facere; sed et praeterea ex capite 18. Episcopus per sensum contrarium in casu particulari et extraordinario nequit dare consensum, ut clericus proroget iurisdictionem laici iudicis, ergo nequaquam sermo est de iurisdictione quadam ordinaria et generaliter proroganda, sed in casu quodam extraordinario et particulari, ad quem diiudicandum iudex habilitatur extraordinaria delegatione.

Quare praecise de eo casu agitur, quem *Schmalzgrueber* supponit, et de hoc casu negatur Episcopum posse dare consensum. Caput igitur 18. revera videtur obstande sententiae *Schmalzgrueber*. Quod confirmatur ex eo quod S. Sedes dat facultatem Episcopis, ut possint concedere actoribus licentiam adeundi forum laicum etiam contra clericum.

Quae facultas ab ipsa inutiliter concederetur, si Episcopi hoc possent ordinaria potestate. Neque dicendum ad abundantiam hanc facultatem concedi, quamvis necessaria non esset, quia hoc facere non solet S. Sedes, quando agitur de concessionibus, quae ad modum generalis provisionis conceduntur.

Patet autem illam licentiam certissime dari non posse ab Episcopo *in causis mere ecclesiasticis*. Quare evidens est Episcopum numquam posse concedere, ut contra clericum procedatur in *causa haeresis* a iudice laico. Sed nihil obstat, quominus Ecclesia adeat tribunal saeculare, ut hoc modo teneatur sua iura. Quare si v. gr. parochus depositus ab Episcopo nolit relinquere domum parochialem, quae coram lege civili sit in proprietate Episcopi, optimo iure Episcopus agit in foro civili contra illum parochum, ut expellatur vi armata, non formaliter ut est parochus, sed ut iniustus possessor rei alienae.

(186) Nostra aetate attendenda sunt etiam specialia illa statuta, quae in non paucis dioecesibus existunt, scilicet antea petendam forte esse licentiam Episcopi, sive clericus velit esse actor, sive conveniatur tamquam reus in foro civili. Ita v. gr. in dioecesi Moguntina praescriptum fuit ab Episcopo die 13. Febr. 1868. clericum debere certiorum reddere Episcopum, antequam adeat tribunal saeculare ut actor, vel etiam antequam in foro

et 23. Ian. 1886. et quoad poenas ecclesiasticas statutas contra illos, qui clericos praeter canonicas sanctiones trahunt ad tribunalia saecularia, Motu proprio Pii X. "*Quantavis diligentia* „ 9. Oct. 1909. (187).

### III. De personis ecclesiasticis hoc foro privilegiato praeditis.

299. Praeter Rom. Pontificem atque Praelatos maiores, iuxta canonicas iuris communis sanctiones, fruuntur foro privilegiato:

I. Omnes clerici maiorum ordinum, quamdiu non incorrigibiles facti aut in casibus a iure expressis directe subii-ciuntur degradationi atque foro saeculari traduntur (188).

II. Clerici inferiores (189), si prima saltem tonsura initiati fuerint atque qualitates habeant a Concilio Tridentino Sess. XXIII. cap. 6. de ref. requisitas (190). In clericis coniugatis cum uniceis et virginibus servanda est Constitutio Bonifacii VIII. cap. unic. de cleric. coniug. (III. 2.) in Sext., prout a Concilio Tridentino l. c. confirmata et ampliata est (191). Clerici vero

saeculari respondeat, si ad illud tamquam reus fuerit deductus. Similia statuta reperiuntur in quibusdam Conciliis provincialibus Galliae, v. gr. in Burdigalensi IV. (1859.), Bituricensi (1850.), quod clerici coram iudice laico numquam inconsulto Episcopo litem ineant: et in Tolosano (1850.) nec non in Auxitano (1851.), quod clerici saltem contra parochianos suos vel alios clericos litem non intentent sine licentia Episcopi. Etiam ex Conc. prov. Ultraieetensi (1865.), ut huiusmodi lis deferatur ad auctoritatem civilem, requiritur licentia Episcopi.

Concilium vero plenarium Baltimoreense II. (1866.) statuit: Ne laicum (clerici) in ius vocent aut vocati sponte se sistant, nisi res aliter componi nequeat.

(187) In citato Motu Proprio in parte dispositiva haec habentur: "*Itaque hoc Nos Motu Proprio statuimus atque edicimus: quicumque privatorum, laici sacrae ordinis, mares feminaeve, personas quasvis ecclesiasticas, sive in criminali causa sive in civili, nullo potestatis ecclesiasticae permissu, ad tribunal laicorum vocent, ibique adesse publice compellant, eos etiam omnes in excommunicationem latae sententiae speciali modo Romano Pontifici reservatam incurrere* „ Cfr. Wernz l. c. t. VI. n. 336. cum notis.

(188) Cap. 10. X. de iud. II. 1.; cap. 6. X. de poenis V. 37.; Conc. Trid. Sess. XIII. cap. 4. de ref.; Bened. XIV., De Synod. dioec. l. IX. cap. 6. n. 4.; Thomassin l. c. P. II. l. 3. cap. 101. sq. cap. 114.; Kober, De Depos. n. Degrad. p. 130. sq. 165. sq. 730. sq.; Santi h. t. n. 33.

(189) Cap. 2. X. h. t.

(190) Bened. XIV., Instit. eccles. 71., De Synod. dioec. lib. XII. cap. 2. 3. 6.

(191) Cfr. quoque cap. un. de vita et hon. cler. III. 1. in Sext.; cap. 1. cod. III. 1. in Clem.; Kober l. c. p. 172. Qualitates illae a Concilio Tridentino l. c. requisitae reducuntur ad duas principales, quae disiunctive pro-



bigami omni privilegio clericali sunt nudati atque coercitioni fori saecularis addicti; ipsis quoque sub anathemate prohibetur deferre tonsuram vel habitum clericalem (192).

III. Regulares utriusque sexus, ipsis novitiis non exclusis, licet ordine quodam clericali vel tonsura non sint insigniti, propter servitium divinum, cui speciali quadam ratione mancipati et consecrati sunt (193).

IV. Quoniam iuxta doctrinam veterum canonistarum (194) non solum Tertiarii S. Francisci et S. Dominici, qui in communitate vivunt (195), sed etiam Eremitae, si cum auctoritate Episcopi habitum eremiticum gestant, a foro saeculari sunt exempti, sodales recentiorum congregationum religiosarum utriusque sexus, dummodo saltem ab Episcopo approbatae sint, foro privilegiato gauderent, nisi temporum iniuria forum privilegiatum ut plurimum ablatum esset.

ponuntur, et quarum altera praeterea requirit disiunctive unam ex tribus modificationibus adiectis. Sunt autem, ut: 1. aut beneficium ecclesiasticum habeat; 2. aut clericalem habitum et tonsuram deferens; a/ alicui ecclesiae ex mandato Episcopi inserviat; b/ vel in seminario clericorum; c/ aut in aliqua schola vel universitate de licentia Episcopi quasi in via ad maiores ordines suscipiendos versetur.

Circa quae notandum est, quod si brevi tantum tempore habitus a clerico minorum ordinum non gestetur, clericus iste non ideo illico amittit privilegium fori, quemadmodum, teste *Fagnano* in cap. 1. h. t. n. 21., respondit S. C. C. Cfr. *Scherer* l. c. I. 383.; *Bened. XIV.*, Inst. eccl. 71. Et multo magis ob brevem depositionem habitus clericalis et omissionem tonsurae non iam incurritur ipso iure poena privationis beneficii a Sixto V. in Const. « *Cum sacrosancta* » statuta. Hinc quia talis clericus beneficium non amittit, consequenter etiam non amittit privilegium fori, quia manet beneficiatus, etsi forte omittat gestationem habitus et tonsurae. Ita S. C. C. 6. Oct. 1612. Imo addendum est, clericum incidentem in poenam privationis beneficii ex citata constitutione Sixtina non amittere privilegium fori, nisi post sententiam declaratoriam criminis, qua scilicet iudex ecclesiasticus declaret, clericum deseruisse habitum et tonsuram. Ita S. C. C. decl. cit. Cfr. *Santi* h. t. n. 41. Insuper notat *Santi* h. t. n. 32. ad forum privilegiatum a clericis minorum ordinum retinendum non requiri, ut mandato expresso Episcopi ecclesiae sit deputatus, sed sufficere mandatum praesumptum, sive ut saltem de facto alicui ecclesiae inserviat, atque Episcopus non resistat. Ita decisum esse ait a S. C. Conc. die 1. Februar. 1614. in causa Neapolitana.

(192) Cap. un. de big. I. 12. in Sext.

(193) Can. 38. C. XI. q. 1.; cap. 3. de immunit. III. 23. in Sext.; Authent. Friderici II. « Statuimus » post L. 33. Cod. 1. 3.; Novell. 123. cap. 21.; c. 7. C. XII. q. 1.; c. 29. XVII. q. 4.; *Schmalzgr.* h. t. n. 84.

(194) Cfr. *Schmalzgr.* l. c.

(195) Leo X. Const. « *Dum intra* » 19. Decemb. 1516. prom. in Sess. XI. Conc. Later. V.; *Hefele-Hergenroether*, Conciliengesch. tom. VIII. p. 717.



#### IV. De causis foro privilegiato clericorum subiectis.

**300.** Clerici aliaeque personae ecclesiasticae foro privilegiato gaudent in omnibus causis, in quibus non expressa facta est exceptio (196).

Quare huiusmodi privilegium comprehendit causas civiles (197) et criminales (198), quaestiones terminandas in petitorio et in possessorio, sententiam ferendam et illius executionem, actiones reales atque personales (199).

**301.** Inter casus a iure exceptos, quibus clericus etiam ex antiquis canonibus sortitur forum saeculare (200), maxime commemorandus est is, quod clericus, si velit agere contra reum laicum, adire possit et debeat forum saeculare, cui laicus est subiectus; nam actor sequitur forum rei, neque pro clericis ab hac iuris regula statuta est generalis exceptio (201). Attamen servanda sunt decreta particularia Conciliorum provincialium vel statuta dioecesana, quibus non raro requiritur, ut clericus antequam vel contra ipsum laicum agat in foro saeculari, licentiam Episcopi petat (202). Quinimo si clericus actor existit in foro saeculari, in causis mere civilibus, non vero in criminalibus, reconveniri potest a laico in eodem foro saeculari (203). Cum propriae existerent curiae *feudales*, coram illis in causis feudalibus clericus potuit conveniri (204).

#### V. De abrogatione et amissione fori privilegiati clericorum.

**302.** Privilegium fori in causis temporalibus a clericis et Praelatis, infra Rom. Pontificem constitutis, nequit amitti per renuntiationem, sive absolutam et generalem, sive specialem

(196) Cap. 2. X. h. t.

(197) Can. 3. 6. 8. 42. 45. C. IX. q. 1.

(198) Cap. 4. 8. 10. X. de iud. II. 1.; cap. 2. 12. X. h. t.; cap. unic. de cleric. coniug. III. 2. in Sext.

(199) *Schmalzgr.* h. t. n. 79. sq.; *Zech* h. t. §§ 88. 90.

(200) Causas civiles exceptas, in quibus clerici ad iudicem saecularem citari possunt, accuratius enumerat *Soglia* I. c. § 208.

(201) Cfr. de contraria quadam consuetudine particulari approbata a S. C. C. et relata in causa Civit. Castelli 2. Aug. 1749.

(202) Supra n. 298. not. 186. Collect. Lacens. III. 443. 1114., IV. 761. 1121., V. 907.

(203) *Schmalzgr.* lib. II. tit. 4. de reconvent. n. 6. 7. 8.

(204) Cfr. de his aliisque exceptionibus: *Zech* l. c. h. t. § 90.; *Schmalzgr.* h. t. n. 65. 80. sq.

pro casu quodam particulari, etiam libere et cum iuramento factam, cum non sit beneficium quoddam personale, sed potius toti statui ecclesiastico iure publico concessum, cui privatorum pactio derogare non potest (205).

303. Quamvis Rom. Pontifex forum privilegiatum sibi iure divino concessum neque pro se neque pro suis successoribus valide vel licite abrogare possit, neque unquam iuri suo proprio divinitus dato eximendi personas ecclesiasticas a foro saeculari renunciare valeat (206), ea tamen potest esse temporum ratio, ut non tantum valide, sed etiam licite immunitatem cleri inferioris, sanctionibus tantum canonicis constitutam, quoad substantiam in causis mere temporalibus, sive civilibus sive criminalibus, salvis quibusdam conditionibus, abrogare possit, quemadmodum in quamplurimis regionibus de facto abrogavit (207).

304. Consuetudo, cum vi iuris divini abrogandi prorsus destituatur, forum privilegiatum R. Pontificis nullo unquam tempore auferre valet (208); at immunitas inferiorum clericorum, intra eum ambitum, quo expressa Rom. Pontificis concessione in multis regionibus immutata vel quoad substantiam abrogata est, etiam longaeva consuetudine in aliis regionibus *immutari vel tolli potest*. Quod enim temporum ratione habita R. Pontifex non paucis regionibus concessit, profecto nequit esse praxis irrationabilis, licet sit minus perfecta et favorabilis Ecclesiae; at etiam in aliis regionibus eadem possunt vigere circumstantiae, ergo *rationabilitas*, sive prima legitimae consuetudinis conditio, non deest. Qua conditio-

(205) Cap. 12. 18. X. h. t.; cap. 36. X. de sent. exc. V. 39.; *Schmalzgr. h. t. n.* 104. 105.; *Scherer l. c. I. p.* 400.

(206) Cfr. *Consalvi*, Esposizione dei sentimenti di Sua Santità 10. Aug. 1819.

(207) *Nussi l. c. p.* 193. sq.; *Santi h. t. n.* 29.

(208) Cap. 9. X. de consuet. l. 4. Ratio autem est quia privilegium fori Rom. Pontificis spectat ad iura divina primatus, et proinde sensu stricto est de iure divino. Quare Rom. Pontifex nec licite nec valide huic iuri suo renunciare potest, sed illud solum potest facere ut de facto sese submittat huiusmodi tribunali, aut quod ad calumniam refutandam certos iudices veluti arbitros eligat, qui iudicio discretionis et prudentiae, non sententia lata ex vera potestate iurisdictionis, rem decident.

Clerici vero vel Praelati infra Rom. Pontificem hoc privilegium habent quidem ex iure canonico, sed et ipsi eidem renunciare nequeunt; quia, ut dictum est, privilegium est in bonum status seu ordinis, non vero in bonum personae concessum; ex quo principio aperte sequitur ne integrum quidem corpus omnium clericorum, v. gr. alicuius regni, posse valide huic privilegio renunciare.

posita multo facilius habetur altera, quod consuetudo debeat esse *legitime praescripta* (209).

305. Clerici in minoribus constituti, sive coelibes sive matrimonio iuncti, si dispositiones Concilii Tridentini cap. 6. de ref. non observent, privilegium fori amittunt et ipso iure destituuntur omnibus clericorum privilegiis, ita ut haberi tractarique debeant tamquam personae mere laicae. etiam in causis criminalibus et ad effectus poenales, quin triplex admonitio sive peculiaris declaratio ipsos in hanc poenam incidisse necessaria sit (210). Porro clerici, qui sese ioculatores faciunt, si per annum artem illam ignominiosam exercuerint, vel si breviori tempore *tertio moniti* non resipuerint, *ipso iure* caeant omni privilegio clericali (211).

De privatione privilegiorum clericalium totali vel partiali in aliis casibus cfr. cap. 1. de vita et honest. cler. III. 1. in Clem.; cap. unic. de bigamis I. 12. in Sext.; cap. unic. de cleric. coniug. III. 2. in Sext.

306. Denique si clerici crimina committunt, quibus ex iuris dispositione directe adnectitur poena degradationis (212), atque adeo traditio brachio saeculari est facienda, post degradationem actu secutam (213) privilegio fori privati existunt (214).

Huiusmodi crimina sunt: 1) Haeresis (215); 2) Falsificatio

(209) Cfr. cit. cap. 9. X. de consuet.; Suarez, De legib. lib. VII. cap. 6. 7. 19.; *Benedict. XIV.*, De Synod. dioec. lib. IX. cap. 9. n. 10. sq.; *D' Annibale*, Comm. in Pii IX. Const. « *Apost. Sedis* » n. 64. 65.; *Lehmkuhl*, Theol. mor. II. n. 930. At cfr. quoque *Schmalzgr.* h. t. n. 79. et *Santi* h. t. n. 28.

(210) Declar. S. C. Immun. eccl. 20. Sept. 1860.; Acta S. Sed. vol. III. p. 433. 443., vol. IV. p. 394.; *Bened. XIV.*, de Synod. dioec. lib. XII. cap. 2. 3.; *Scherer* l. c. I. p. 383. 400.

(211) Cap. unic. de vita et hon. cler. III. 1. in Sext.

(212) Cap. 27. X. de V. S. V. 40.

(213) Cap. 2. de poen. V. 9. in Sexto; Conc. Trid. Sess. XIII. cap. 4. de ref.; *Kober* l. c. p. 232.

(214) *Kober* l. c. p. 156. sq., 730.; *Schmalzgr.* l. c. lib. V. tit. 37. de poenis n. 159. inquit, num iudex saecularis, cuius brachio traditur clericus degradatus, stare debeat sententiae iudicis ecclesiastici, et respondet: 1° Certo stare debere sententiae iudicis ecclesiastici quoad ipsam degradationem; 2° Quoad delictum vero distinguit: a) si est delictum mixti fori v. gr. assassinii, iudex potest stare processui fori ecclesiastici, sed non debet, quia aequè in hac materia est competens; b) si delictum non est mixti fori, v. gr. haeresis, iudex saecularis debet stare sententiae iudicis ecclesiastici, quia secus sibi vindicaret iurisdictionem in causa aliqua, in qua non est competens.

(215) Cap. 9. X. de heretic. V. 7.

Litterarum Apostolicarum (216); 3) Crimen nummarium, sed intra fines Italiae tantum (217); 4) Assassinium (218); 5) Procuratio abortus et sterilitatis (219); 6) Sodomia (220); 7) Sollicitatio ad turpia in confessione sacramentali (221); 8) Crimen usurpati ordinis presbyteratus per celebrationem missae et exceptionem sacramentalis confessionis (222); 9) Furtum hostiae consecratae (223). Scelera diserte in iure non enumerata, licet his graviora, degradatione actuali ab Episcopo puniri non possunt, sed servanda est norma et gradatio cap. 10. X. de iud. II. 1. constituta (224).

### 3. De foro competente extraordinario.

#### I. De foro prorogationis.

307. I. Forum prorogationis dicitur extensio iurisdictionis iudicis ad personas, causam, tempus vel locum, in quas et quando atque ubi iure alias non competit, consensu earumdem personarum facta (225).

(216) Cap. 7. X. de crim. falsi V. 20.; *Bened. XIV.*, De Synod. dioec. lib. IX. cap. 6. n. 6. sq.

(217) Urban. VIII. Const. « *In suprema* » 13. Nov. 1627.; *Santi* h. t. n. 33.

(218) Cap. 1. § 2. de homic. V. 4. in Sext.; Clem. VIII. Const. « *Aequa* » 18. Dec. 1595.; *Thesaurus*, De poenis eccl. v. Assassin.; *Kober* l. c. p. 756. sq. de historia huius crim.

(219) Cap. 5. X. de homic. V. 12.; Sixti V. Const. « *Effrenatam* » 29. Octob. 1588.; Greg. XIV. Const. « *Sedes Apostol.* » 31. Maii 1591.

(220) Pii V. Const. « *Horrendum* » 30. Aug. 1568.

(221) *Bened. XIV.*, De Synod. dioec. lib. IX. cap. 6. n. 7.; *Kober* l. c. p. 776. 780.

(222) Cap. 2. X. de clerico non ord. minist. V. 28.; Clem. VIII. Const. « *Etsi alias* » 1. Dec. 1601.; Urban. VIII. Const. « *Apostolatus officium* » 23. Mart. 1627.; *Bened. XIV.* Const. « *Sacerdos in aeter.* » 20. April. 1744.; *Thesaurus* l. c. v. Ordines; *Kober* l. c. p. 780. sq.

(223) Innoc. XI. Const. « *Ad nostri Apostolatus* » 12. Mart. 1677.; Alexandri VIII. Const. « *Cum alias* » 22. Dec. 1690.; *Bened. XIV.* Const. « *Ab augustissimo Eucharistiae* » 5. Mart. 1744.

(224) Cfr. quoque cap. 6. de poenis V. 37.; cap. 4. X. de iud. II. 1.; *Bened. XIV.*, l. c. lib. IX. cap. 6. n. 9. sq.; *Kober* l. c. p. 798. sq.

(225) L. 1. D. de iud. V. 1.; cap. 12. 18. X. h. t. Cfr. *D'Annibale*, Summ. theol. mor. l. 78. Ut iurisdicctio consensu partium prorogari in iudice possit, requiritur, ut index iurisdictionem iam aliunde habeat (cfr. cap. 18. h. t.); secus partes non tam iurisdictionem iam existentem prorogarent, sed potius novam conferrent sive simpliciter constituerent iudicem; sed consensu partium, sive hominum privatorum voluntate, index nequit constitui. Cfr. L. Privat. 3. Cod. de iurisd. omn. iud. II. 13. Ad hoc autem ut iuris-

II. Iurisdictionem prorogare possunt omnes, qui habent personam standi in iudicio, neque specialiter prohibentur (226).

Hinc prorogare iurisdictionem non possunt furiosi, pupilli sine tutore, minores et prodigi absque curatoris consensu si curatorem habeant, procuratores, nisi habeant mandatum speciale (227). Porro clerici in sese prorogare non valent, ne cum consensu quidem Episcopi, iurisdictionem iudicis saecularis (228); quin imo iure carent prorogandi iurisdictionem alieni iudicis ecclesiastici, nisi cum consensu proprii Ordinarii (229). Denique regulares aliique clerici immediate Sedi Apostolicae subiecti nequeunt prorogare iurisdictionem contentiosam Episcopi, in cuius dioecesi existunt (230).

III. Prorogatio iurisdictionis illius tantum iudicis fieri potest, qui vera iurisdictione sive ordinaria sive delegata est instructus (231). Verum iudicis delegati iurdictio prorogari nequit, nisi de loco ad locum et de tempore ad tempus (232);

dictio iudicis alias competentis extendatur, necesse est, ut partes consentiant libere, idest neque vi neque metu (cfr. L. 2. D. de iud.), et scientes, non per errorem, existimando forte se illius iurisdictioni esse subiectas; secus nullus est processus et irrita sententia lata. Hinc colligitur quatuor modis fieri posse prorogationem iurisdictionis:

1. de una persona ad aliam, v. gr. si subditi alieni mutuo consensu iudici extraneo sese subiiciunt;

2. de causa ad causam; verum hoc valet de causis intra idem genus contentis, v. gr. civiles, de quantitate minore ad maiorem; at non in diverso genere, v. gr. de civili ad criminalem aut viceversa, aut de civili ad spiritualem;

3. de tempore ad tempus, si quando delegato tempus destinatum est ad definiendam causam et tempus elapsum iam est;

4. de loco ad locum, ut si quando iurdictio delegato commissa extra locum commissionis prorogatur; quodsi in hoc casu prorogatio fieret extra territorium illius iudicis, requireretur etiam consensus iudicis alterius territorii.

Prorogatio de loco ad locum et de tempore ad tempus potest fieri in quolibet iudice sive ordinario sive delegato (cfr. cap. 40. de off. et pot. iud. del. X.; cap. 11. de reser. in Sext.); at de persona ad personam et de causa ad causam prorogatio tantum in ordinario iudice fieri potest. Cfr. cit. cap. 40. de off. et pot. iud. del. X.

(226) *Muenchen* l. c. I. p. 56.

(227) Cap. 4. de proc. I. 19. in Sext.

(228) Cap. 12. 18. X. h. t.

(229) Cap. 18. X. h. t.

(230) Cfr. *Schmalzgr.* h. t. n. 149. sq. de prorogatione iurisdictionis voluntariae.

(231) L. 3. Cod. de iurisd. III. 13.

(232) Cap. 4. 40. X. de offic. et pot. iud. del. I. 29.; cap. 11. § 3. de reser. I. 3. in Sext.



in iudice vero ordinario prorogatio etiam de persona in personam, et de re in rem est permissa (233).

IV. Partes suo consensu iurisdictionem iudicis ordinarii tantum iis in causis prorogare non prohibentur, quae sunt eiusdem speciei, et in quas iudex iam habet iurisdictionem in sese sufficientem ad causam cognoscendam; v. g. si causa sit spiritualis, iudex debet habere iurisdictionem spiritualem (234). At partes iurisdictionem prorogare nequeunt, si specialis existat prohibitio, velut quondam in causis feudalibus (cap. 6. X. h. t.), aut etiamnum in causis reservatis Principi vel ab eodem advocatis (235), et in causis criminalibus (236), vel in causis spiritualibus sine consensu proprii iudicis ecclesiastici, etiamsi sint laici (237).

V. Fori prorogatio fit aut expresso pacto, a quo etiam ante litem inchoatam pro lubitu a partibus recedi non potest (238), aut per disceptationem causae coram iudice non competente, cui partes saltem tacite sese subiecerunt. Id quod potissimum obtinet, si reus respondeat ad accusationem actoris sine exceptione incompetentiae iudicis (239). Verum ad validam fori prorogationem omnino requiritur, ut partes scienter et libere absque errore et coactione sese subiiciant iudici non competentī (240).

## II. De foro continentiae causarum.

308. Causae, quae inter sese sunt connexae, sive ratione personarum, sive ratione rei, sive ratione quaestionis praeiudicialis, sive ratione actionis generalis, ab uno eodemque iu-

(233) Cap. 18. X. h. t.; cap. 40. de offic. et p. i. d.; *Schmalzgr.* h. t. n. 144.; cap. 1. pr. h. t. in Sext.

(234) L. 61. § 1. D. de iud. V. 1.; *Pirhing* h. t. n. 183.

(235) Cap. 13. § Insuper X. qui filii IV. 17.; Conc. Trid. Sess. XXIV. cap. 20. de ref.

(236) *Fagnanus* in cap. 18. X. h. t. n. 24. 25.

(237) Cap. 3. X. de paroch. III. 29.; Conc. Trid. Sess. XXIV. cap. 20. de ref. Cfr. *Schulte*, Eheprocess § 12. V., quod prorogatio iurisdictionis in causis matrimonialibus non est admissa, quia relate ad has causas Episcopus, Metropolitae, Delegatus exclusive competentes sunt, et ipsis invitis prorogatio fieri nequit. Praeterea obstat lex Tridentina Sess. XXIV. c. 2. de ref. Cfr. Instr. *Card. Rauscher* § 96, 187.-189.

(238) L. 29. Cod. de pact. II. 3.; L. 51. Cod. de Episc. et cleric. I. 3.

(239) L. 13. Cod. de except. VIII. 36.

(240) L. 2. pr. D. de iud. V. 1.; L. 15. D. de iurisd. II. 1.; L. 1. Cod. de iurisd. III. 13.; *Durantis* l. c. § Generaliter n. 7.

dice ecclesiastico cognoscendae sunt (241), nisi specialis quaedam ratio vel legis dispositio obstet (242).

Huiusmodi specialis ratio obstat, si in principali causa temporali a iudice saeculari cognoscenda incidat quaestio spiritalis solius Ecclesiae cognitioni vel definitioni reservata (243). In foro quoque ecclesiastico, si incidat quaestio mere temporalis connexa cum sententia lata de re mere ecclesiastica, saltem ex disciplina nunc vigente, iudex ecclesiasticus illius resolutionem relinquet iudici saeculari (244).

**309. Scholion.** Extraordinariis foris merito adnumerari potest *forum iudicis delegati* (245), *forum reconventionis* (246), item *forum provocationis* ad agendum ex L. 5. Cod. de ingen. VII. 14. (247), denique *forum praeventionis* (248).

(241) Cuius dispositionis intrinsecae rationes facile reddi possunt. Etenim ante omnia maximum incommodum est partibus, atque non exiguis sumptibus coniunctum, si illae obligentur litigare coram diversis iudicibus. Praeterea iudex, qui causam principalem iam examinavit, melius instructus est, et ita securior et expeditior est iustitiae administratio. Tandem bono publico nocet si tribunalium existimatio imminuatur; id vero facile fit, si prodirent sententiae contrariae; at huiusmodi periculum existit, si causa connexa non ab uno eodemque iudice definiatur.

(242) L. 13. Cod. de rei vind. III. 32.; L. 3. 10. Cod. de iud. III. 1.; L. 1. 3. Cod. de ord. iud. III. 8.; cap. 3. X. de don. inter vir. et ux. IV. 20.; cap. 1. X. de caus. poss. II. 12.; cap. 1. X. de sequ. II. 17.; cap. 3. de iud. II. 1. in Sext.; Instr. Card. Rauscher §§ 244. 245.; Schmalzgr. lib. II. tit. 1. n. 72.; Muenchen I. c. I. p. 58.

(243) Cap. 3. X. de ord. cognit. II. 10.; cap. 5. 17. X. qui filii sint leg. IV. 17.; cap. 21. X. de iud. II. 1.

(244) Cfr. Instr. Card. Rauscher §§ 244. 255.

(245) Cfr. lib. I. tit. 29. de officio et potest. iud. del.

(246) Cfr. lib. II. tit. 4. de reconvent.

(247) Schmalzgr. h. t. n. 127. sq.; Zech I. c. tit. 12. de forma iudic. § 154. de processu provocatorio; Greg. XVI., Regol. giud. § 444.

(248) Schmalzgr. h. t. n. 136.; Reiffenstuel h. t. n. 165. sq.

## PARS TERTIA

### DE ACTIBUS IUDICIALIBUS

---

#### Prooemium.

310. Sicut post explanatas leges de constitutione Ecclesiae atque de personis ecclesiasticis proponi solet ius, secundum quod actiones Praelatorum, subditorum, fidelium, ad finem Ecclesiae dirigendae sunt (1), ita simili quadam ratione, explicato ordine iudiciario Ecclesiae de constitutione atque ordinatione tribunalium ecclesiasticorum et de personis in illis intervenientibus, iam inquirendum est, quasnam ad normas ordinis iudiciarii actus et iudicum et partium in foro ecclesiastico sint exigendi. Qui actus iudicum et partium, quibus universa *procedura* iudicialis absolvitur, sane in duas partes ita distingui possunt, ut in priori de omnibus actibus iudicum, in altera de actibus partium singillatim disseratur. Attamen huiusmodi divisio, quamvis logica sit suaque utilitate non careat, non adamussim retinenda videtur. Etenim in ipsa *procedura* actus iudicum et partium sese mutuo excipiunt et intimo vinculo colligantur, neque prius omnes actus iudicis, deinde singuli partium actus ponuntur. Libelli oblationem ab actore factam sequitur citatio rei per iudicem, exceptionem rei actori oppositam suo forte decreto reiicit iudex.

Praeterea illud incommodum habetur, quod rigore ordinis logici retento, ut praxi inserviat, iidem actus magna ex parte ordine forensi denuo sint repetendi. Denique nimium videtur recedi ab ordine legali citra necessitatem. Quare utraque disputandi ratio optime videtur posse conciliari, si primo loco ii tituli explicantur, quibus ad instar sectionis cuiusdam generalis de actibus iudicum et partium universim et communi ratione disputetur, in reliquis vero titulis, quantum fieri potest, servetur ordo legalis atque forensis.

---

(1) *Card. Tarquini*, Inst. iur. eccl. publ. n. 1. sq.

## SECTIO I.

### DE ACTIBUS IUDICIALIBUS UNIVERSIM SPECTATIS.

## TITULUS XII.

### DE LOCO ET TEMPORE ACTUUM IUDICIALIUM.

**311. Fontes :** Cum proprius quidam titulus praesertim de loco iudiciali non existat, consulendae sunt variae leges infra §§ 1, 2, citandae, quae sub variis titulis occurrunt.

**Scriptores :** *Arndts-Serafini* l. c. §§ 73. 87. 88. 220. 223. sq. 495. 509. 548. 554.; *Vering*, *Gesch. u. Pand.* §§ 97.-100.; *Keller* l. c. § 3.; *Van Wetter* l. c. §§ 84. 85. — *Ioan. Antonelli* († 1694.), *Tractatus de loco legali*. Venet., 1744.; *Idem*, *Tract. nov. de tempore legali*, *ibid.* 1753.; *Blandini*, *Il tempo nel diritto privato longobardo*. In *Riv. ital. per le scienze giurid.* vol. II.

#### Praenotiones.

**312.** Actus iudiciales etsi certo loco determinatoque tempore fiant necesse est, tamen nequaquam unoquoque loco vel quolibet tempore cognitio et definitio causarum convenienter perfici potest. Etenim dignitatis tribunalium ecclesiasticorum ratio est habenda et ab actibus iudicialibus omnis suspicio aliena sit oportet, neque minus evidens est, strepitum iudicalem pro sua natura certis locis et temporibus sacris parum convenire. Quare in ordinem quoque iudiciorum Ecclesiae statuta fuerunt inserenda de loco atque de tempore cognitionum.

#### § 1. DE LOCO ACTUUM IUDICIALIUM.

**313.** Antiquissimis temporibus Romae (2) locus iudicii exercendis destinatus fuit comitium vel forum, in quo erectum erat tribunal (= *tribunale*, *suggestum*) cum sella curuli magistratus. Maioris commoditatis causa inde ex tempore Imperatorum tribunalia in basilicas et deinde in auditoria translata sunt. Isto in tribunali Praetor suo circumdatus consilio illas causas diremit, quae per propriam causae cognitionem et per

(2) *Walter* *Gesch. d. röm. Rechts* §§ 701. 702.; *Keller* l. c. § 3.

decretum fuerunt definiendae (3); alias decisiones velut interlocutiones, formalem cognitionem non requirentes, dedit (ante tribunal) in plano aut alio loco (4).

Quare verba illa "pro tribunali," vel "de plano," designarunt duplicem locum iudicii requisitum pro diversa natura cognitionis iudicialis, et, sublata diversitate illa extrinseca de sede iudicis, ad diversum procedendi modum denotandum retenta sunt.

Ex legibus Imperatoris Iustiniani iudex intra territorium suum (5), ut certo tantum loco ius dicat, non est adstrictus; "ius enim eum solum locum esse, ubi iuris dicendi vel iudicandi gratia consistat, vel si domi vel itinere hoc agat," (6). Et licet "ubicumque Praetor maiestate imperii sui salvoque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appelletur" (L. 11. D. de iust. et iure l. 1.), tamen "si locus in iubendo iudicare non est comprehensus, videtur eo loco iudicare iussisse, quo solet iudicari sine incommodo litigantium" (7).

(3) L. 3. § 8. D. de bon. poss. XXXVII. 1., L. 2. § 1. D. quis ordo XXXVIII. 15.; L. 6. cod. de praed. V. 71.

(4) L. 9. § 1. D. de off. proc. l. 16.; L. § 1. D. de const. l. 4.; L. 6. D. de accusat. XLVIII. 2.; L. 18. § 10. D. de quaest. XLVIII. 18.; L. 4. Cod. de dilat. III. 11. Antiquitus iudicia sub dio reddebantur, nec solum aetate Romanorum, sed ipsa quoque media aetate. Quod factum fuisse videtur, quia solemne erat iustitiam publice reddere. Saepe etiam loca haec ad iudicia destinata inferiori solo consistebant, quod nempe quasi in quadrata cavea forum deprimebatur, adstante populo in erectiori loco. Verum quum nimius solis ardor vel pluvia impedimento esset ne in his apertis locis possent commode haberi conventus, Carolus M. praescripsit, ut ad iudices protegendos opportuna exstruerentur tecta, imo aliquando iudices sese receperunt in quoddam conclave, quod *sala* vel *caminata* dictum est et in quo populus a iudicibus per *cancellos* dividebatur. Quod primitus quasi per exceptionem factum est, id postea mos stabilis et firmus evasit, manente tamen *publicitate* iudicii. Cui publicitati deinde processu temporis varias ob causas secreta iudicia fuerunt suffecta. In tribunalibus autem ecclesiasticis nunc, ut in Rota Romana (cfr. Legem propriam Rotae can. 30.), quamvis ne ipsae quidem partes regulariter admittantur, in potestate tamen tribunalis est eas rationabili de causa admittere aut advocare et iubere ut intersint disputationi orali ad elucidationem dubiorum aliquando a tribunalis permissae. Cfr. *Pertile* l. c. § 220.

(5) L. 20. D. de iurisdictione II. 2.

(6) L. 4. l. 1. D. de int. in iure XI. 1. Aliis exemplis id comprobatur L. 15. D. de iureiur. XII. 2.; L. 12. § 5. Cod. de reb. cred. IV. 1.; Novell. 123. cap. 7.

(7) L. 59. D. de iud. V. 1. De loco et tempore iudiciorum ex legibus populorum germanicorum medii aevi conferri potest: *Waller*, Deuts. Rechtsgesch. §§ 652. 654.



314. Ecclesia catholica quoad locum actuum iudicialium eadem fere adoptavit principia atque ius Iustinianum. Hinc cap. 7. de off. ord. I. 16. in Sext. edicatur: "Cum Episcopus in tota sua dioecesi iurisdictionem ordinariam noscatur habere, dubium non existit, quin in *quolibet loco* ipsius dioecesis non exempto per se vel per alium possit pro tribunali sedere „ (8). At cum in ecclesiastico quoque foro iuris civilis regula sit recepta, quod extra territorium ius dicenti non pareatur impune, ecclesiastici iudices extra suas dioeceses vel territoria iurisdictionem exercere non possunt, nisi agatur de casu excepto (cap. unic. de foro comp. II. 2. in Clem.) in favorem Episcoporum vi e suis dioecesibus expulsorum. Intra dioecesim vel territorium iudici ecclesiastico assignatum existit sedes quaedam ordinaria tribunalis ecclesiastici, in qua cognitiones causarum fieri solent (9). Quibusnam in locis iudices delegati a Sede Apostolica causas sibi commissas audire debeant, statuitur cap. 11. pr. §§ 1. 2. 3. de rescr. I. 3. in Sext.

315. Causae ecclesiasticae (10) saltem contentiosae valide et licite a iudicibus ecclesiasticis etiam in ecclesiis agitari possunt, licet decentius extra ecclesiam discutiantur (11). Imo actus quoque cognitionis criminalis, velut examinatio testium, compilatio actorum, ipsaque sententiae publicatio licite et valide quolibet loco exerceri possunt, modo locus sensu stricto non sit sacer (12). Quare iudex ecclesiasticus, cui instructio processus criminalis est commissa, in hospitalibus, monasteriis aliisque locis privilegiatis testes examinare non prohibetur, si illi locum istum relinquere non possunt (13). Libri

(8) Cfr. quoque cap. 8. X. de testib. II. 20.; cap. 2. de iudic. II. 1. in Sext.

(9) *Tancred.* l. c. P. II. tit. 2. Editto Card. Gamberini, Delle udienze § 127. « Tutte le cause saranno discusse e giudicate nella udienza del giudice o tribunale, a riserva soltanto delle controversie che riguardano i contratti nelle fiere o mercati, le quali si trattaranno negli stessi luoghi. Le udienze si terranno sempre in pubblico ed a porte aperte, eccettuati i casi preveduti nel Cap. III. Sezione X. Tit. XVI. Parte III. del Regolamento legislativo e giudiziario » = § 1599. sq.

(10) Conc. Arelat. (a. 813.) c. 22.; Conc. Mogunt. (a. 813.) c. 40.; Conc. Aquisgr. (a. 813.) c. 21.; Synod. Suession. (a. 853.) c. 8.; quod diebus dominicis et festis placita publica et saecularia in locis sacris haberi non possint; *Walter* l. c. § 654.

(11) Cap. 1. 5. X. de imm. III. 49.; cap. 2. eod. III. 23. in Sext.; *Schmalzgr.* in l. III. t. 49. n. 77. sq.

(12) Anal. I. P. XIII. 48. 82. 85.

(13) Cfr. cit. cap. 8. X. de testib. et cap. 2. de iud. in Sext.; *Analecta* I. P. XIII. 48. 84.

parochiales aliaque acta vel documenta, quominus in ipsa Ecclesia inspiciantur, nulla iuris sanctione impeditur (14). Quod si totus processus criminalis compilatus sit in loco immuni et exempto, nullus et irritus existit. Etenim in causa criminali Soran. Plurium, S. C. Ep. et Reg. 15. Sept. 1741. rescribendum esse iussit Episcopo: "Praevia circumscriptione processus, tamquam compilati in loco immuni et exempto, Ordinarius procedat ex integro usque ad sententiam inclusive et certiet" (15).

## § 2. DE TEMPORE ACTUUM IUDICIALIUM.

**316.** Legibus XII. Tabularum causae sive in iure sive in iudicio agitandae erant inter ortum solis et occasum; sed lex Praetoria statuit, integrum esse Praetori supremum tempus citius pronuntiare, sive ante occasum solis finem imponere cognitioni iudiciali. Postea ordinarium tempus forensibus negotiis destinatum dicitur esse ab hora secunda diei naturalis usque ad decimam (16).

Cum actus iudiciales nocturno tempore facti facile sint suspecti de dolo et de fraude, atque nox veritatis detegendae et iustitiae administrandae tempus opportunum haberi non possit (17), etiam in foro ecclesiastico iis diebus, quibus aliunde actus iudiciales non sunt interdicti (18), idem tempus causarum disceptationi et definitioni et executioni est assignatum (19).

In processu canonico nonnisi singulis actibus sive a iure sive a iudice certi termini vel certa temporis spatia sunt de-

(14) Anal. I. P. XIII. 48. 83. Attamen nota exceptionem pro processibus in causis beatificationis et canonizationis, qui extra Urbem in ecclesia fieri praescribuntur.

(15) Cfr. Anal. I. P. XI. 1093. 374.; *Drosle* l. c. p. 100. Quousque sese extendat immunitas localis ecclesiarum, coemeteriorum aliorumque locorum sacrorum ab actibus profanis, iudicialibus vel extraiudicialibus, statuitur l. III, tit. 49. de immunitate ecclesiarum, coemeterii et rerum ad ea pertinentium.

(16) *Keller* l. c. § 3.; *Walter* l. c. § 652.

(17) Cfr. cap. 24. X. de off. et pot. iud. deleg. I. 29.

(18) Cfr. infra titulum de feriis et Greg. XVI., Regol. giud. § 417. i. f.

(19) Cfr. v. g. Greg. XVI. Regolam. cit. § 417. ab init.: « Niuna citazione, intimazione o notifica di sentenza o altro atto giudiziale potrà farsi prima del levare e dopo il tramontare del sole ». Editto Card. Gamberini § 128. § 129. « Le udienze dovranno sempre tenersi nella mattina; non potranno incominciare prima di tre ore avanti il mezzo giorno; dureranno per un tempo di quattro ore almeno dalla loro apertura » Greg. XVI., Regol. § 1059.

terminata (20); et quamvis Ecclesia omnino desideret ut lites brevi tempore finiantur, et in Concilio Tridentino Sess. XXIV. cap. 20. de ref. disertis verbis praescribatur, ut causae omnes ad forum ecclesiasticum quomodolibet pertinentes omnino saltem infra biennium a die motae litis terminentur, tamen absolutum quoddam tempus litium finiendarum non constituit, sed post elapsum biennium Concilium Tridentinum l. c. liberum voluit esse partibus vel alteri illarum, iudices superiores alias tamen competentes adire, qui causam in eo statu, quo fuerit, assumant et quamprimum terminari curent (21). Quare instantiam triennio (22) elapso perimi in foro ecclesiastico non admittitur (23), neque universo processui canonico certum quoddam tempus est praestitutum, ultra quod a litigatoribus causa agitari non possit.

## TITULUS XIII.

### DE FERIIS.

(*Lib. II. tit. 9. de feriis*).

**317. Fontes:** Dig. II. 12. de feriis et dilationib. et diversis temporib.; Cod. III. 12. de feriis. — C. XV. q. 4.; c. 1. sq. Dist. 3. de consecr. — Comp. I. lib. II. tit. 7. de fer.; Comp. II. lib. II. tit. 7. de feriis. — Decretal. Greg. IX. lib. II. tit. 9. de feriis. — Conc. Trid. Sess. XXIV. cap. 10. de ref. matr., Sess. XXV. cap. 12. de reg. — Clement. P. VIII. Decretales lib. II. tit. 3. de feriis ed. *Sentis* p. 49. 50. ubi etiam recensentur const. Rom. Pontif. usque ad Bened. XIV. una cum prop. dam. 74. Synod. Pistor. per Pii VI. Const. „*Auctorem fidei*” 28. Aug. 1794.

**Scriptores:** Commentatores iur. Rom. in cit. tit.; *Arndts-Serafini* l. c. § 87. — Commentat. iuris Decretal. h. t.; *Zech* l. c. tit. 18. de dilationibus et fer.; *Devoti*, Inst. canon. lib. II. tit. 5. de festor. celebr. — *Durantis* l. c. lib. II. partic. I. tit. de feriis; *Tancred.* l. c. P. II. tit. 17. de feriis; *Suarez*, De virt. et stat. relig. tract. II. lib. II. c. 1. 2. 3. 4. 30. 31.; *Bouix*, De iure liturgie. p. 308. sq. — Disquisition. hist.: *Devoti* h. t. in opere maiore et l. c. in Inst. can.; *Benedict.* XIV., Commentarii de Iesu Christi Matrisque eius festis: *Fessler*, Verm. Schriften p. 215. sq.; *Nilles*, De rationibus festor.; *Ponsius* l. c. p. 108.

(20) Cfr. tit. de terminis et dilationibus et tit. de appellationibus.

(21) *Ferrari*, Summa instit. canonic. tom. II. n. 733.

(22) Cfr. de triennio iuris Rom.: L. 13. Cod. de iud. III. 1.; Novell. 115. cap. 2.; *Wetzel* l. c. §§ 49. 71.; *Zachariae*, Handbuch d. d. Strafproc. II. § 69.

(23) Cfr. cap. 20. X. de iudic. II. 1.; supra tit. de actore et reo § 1. III. n. 7.

## Praenotiones.

**318. Connexio materiae.** Dies naturales qui existunt, nequam omnes actibus iudicialibus a iure sunt concessi, sed non pauci, exclusis negotiis forensibus, cultui divino vel aliis honestis occupationibus mancipantur. Quare inquirendum est, quinam dies ex iuris dispositione a strepitu iudiciali sint immunes (1).

**319. Definitio.** Feriae sive dies feriati (2) in foro dicuntur illi dies, quibus expressa iuris sanctione, aut legitima consuetudine a negotiis forensibus sive actibus iudicialibus vacandum est (3).

**320. Divisio.** Feriae iudiciales dividuntur :

I. In *sacras*, quae principaliter propter reverentiam Dei cultumque divinum ab Ecclesia (4) institutae sunt, ut fideles ab operibus servilibus actibusque iudicialibus abstinerent et operibus piis vacarent, velut dies dominica vel festa de praeecepto, et in *civiles* sive *profanas*, quae propter rationes civiles et saeculares a potestate civili instituuntur (5).

(1) Cfr. lib. III. tit. 45. de reliq. et vener. sanct., tit. 46. de observ. ieiunior. ; *Devoti*, Instit. can. lib. II. tit. 4. de div. offic., tit. 5. de celebr. festor. tit. 6. de ieiun.

(2) L. 3. 6. Cod. h. t.

(3) L. 9. D. h. t. Feriae in genere sunt dies, quibus cessandum est a certis occupationibus v. gr. feriae belli; ita feriae iudiciales sunt dies, quibus vacandum est ab actibus iudicialibus; atque hoc sensu « feriae » opponuntur « diebus communibus ». Cfr. L. 2. Cod. de statutis et imag. I. 24. FERIA autem nunc designat diem communem, non festum sive vacationis. Quomodo ortus sit iste mos, ut dies communes hebdomadae dicerentur « feriae », non satis certo explicari potest. Sane iam Tertullianus (De ieiun. II. 14.) commemorat feriam IV. et feriam VI. Cum autem dies Lunae in hoc modo loquendi dicatur feria II., inferunt nonnulli diem Dominicam primis christianis fuisse primam feriam; sed dies dominica hoc modo semel tantum vocatur in quodam sermone spurio S. Augustini. Alii putant christianos in hoc imitatos esse morem Iudaeorum, qui dicebant primam Sabbati. Cfr. *Devoti* h. t. § 2. Alii tandem v. gr. *Thomassin*, *Probst* etc. derivant hunc morem ex feriis hebdomadae paschalis.

(4) Praeter sacras ferias, quae principaliter ordinantur ad cultum divinum, existunt feriae ecclesiastici fori non sacrae, v. g. si Ecclesia suis magistratibus et officialibus dies vacationis ab ordinariis laboribus animi relaxandi causa indulgere solet. Qui dies sacris feriis adnumerari nequeunt. Huc spectant non paucae feriae, quae v. g. in Curia Romana usu sunt receptae. Porro sunt aliae feriae, quae etiam in iudiciis ecclesiasticis principaliter in favorem partium ordinantur, propter hominum utilitatem vel necessitatem, velut quondam feriae messis vel vindemiae.

(5) Cfr. cap. 5. h. t.

II. In *solemnēs* sive *ordinarias*, quae statis temporibus occurrunt, et in *repentinas* sive *extraordinarias*, quae indicuntur propter specialem religionis publicaeque pietatis causam, si sacrae sint, aut propter reportatam victoriam, adventum Principis similesque publicas causas, si profanae existant (6).

**321. Notae historicae.** Quodsi ex natura rei statis temporibus professoribus et scholaribus atque etiam iudicibus vacatio quaedam a laboribus sapienti consilio conceditur, ita ratio convenientiae facile reddi potest, certos dies et iudicibus et partibus ad causas disceptandas et definiendas omnino esse subductos. Hinc iam apud Hebraeos sabbato et festis iudicia fuerunt interdicta, neque antiquis Romanis similis quaedam prohibitio fuit ignota. Etenim pro sua superstitione habuerunt dies nefastos et praeterea dies festos diis dicatos, per quos lege agi nefas fuit; ferias vero messium ("Iulio mense, quo maxime lites interquiescunt") et vindemiarum, iam antiquissimo tempore institutas, denuo ordinavit Imperator Marcus Aurelius (7). Nec caruerunt Romani feriis extra ordinem indictis (8).

Postquam Constantinus M. religionem christianam non solum toleravit, sed etiam protexit, die solis sive dominica etiam iudices quiescere iussit (9). Quod cum principiis religionis christianae atque praeclaris mysteriis diei dominicae summopere fuisset conforme, ab Ecclesia libenti animo est approbatum et receptum una cum aliis legibus hac de re latis in compilationibus Imperatoris Iustiniani (10). Similia statuta reperiuntur capitulo 37. Concilii Moguntini (a. 813.), quod, in cap. 1. X. h. t. translatus, a Gregorio IX. cap. 5. X. h. t. magis fuit confirmatum et explicatum (11). Qui dies de iure

(6) Cfr. L. 26. § 7. Dig. ex quib. caus. IV. 6.

(7) Cfr. L. 1.-4. D. h. t.; *Gothofred.* ad L. 2. Cod. Theod. de feriis; *Keller* l. c. § 3.

(8) L. 26. § 7. D. ex quib. caus. IV. 6.; *Wetzel* l. c. § 66.

(9) L. 1. Cod. Theod. de feriis II. 8.; L. 3. Cod. h. t. (a. 321.).

(10) Can. 1. C. XV. q. 4. = c. 4. Conc. Tarracon. (a. 516.); *Ponsius* l. c. p. 108., licet putet saeculo 4. eandem fuisse disciplinam in Ecclesia ac in foro civili, imo forte severiorem, difficultatem tamen repetit ex narratione Palladii (Vita S. Chrysost.), ex qua sequi videtur causam Antonini coeptam et agitatam fuisse die dominica, scilicet receptus fuit libellus, libratae sunt probationes, appellati testes, licet propter absentiam non fuerint examinati. Hinc existimat talem observantiam saltem ex saeculo 6. fuisse introductam, citans c. 4. Conc. Tarraconen., ubi Episcopis et presbyteris causarum ventilatio interdicatur die dominica.

(11) Cfr. quoque c. 2. C. XV. q. 4. = capitul. 2. Conc. Erfurt. (a. 932.).



communi nunc vigenti sint festa de praecepto eruendum est ex Pii X. Motu proprio "*Supremi disciplinae* „ 2. Iul. 1911., quo Pontifex iustissimis de causis abolevit quoad obligationem audiendi missam et abstinendi a servilibus Const. Urbani VIII. "*Universa per orbem* „ 13. Sept. 1642. Quae iam pluribus indultis pro variis regionibus multum fuerat limitata (12).

§ 1. DE NUMERO ET COMPUTATIONE FERIARUM IUDICIALIUM (13).

322. Feriis iudicialibus in foro ecclesiastico ex iure communi adnumerandi sunt omnes dies dominici et festi secundum catalogum Pii X., Motu proprio citato promulgatum, et praeterea saltem quatuor dies, qui festum Resurrectionis D. N. praecedunt et duo qui sequuntur (14). In aliis vero feriis iudicialibus standum est iuri particulari atque legitimae consuetudini (15).

(12) Quoad haec indulta cfr. Bened. XIV. Const. "*Ab eo tempore* „ 5. Nov. 1745.; Anal. iur. pont. (a. 1863.) VI. p. 1388. sq., ubi habetur collectio horum indultorum inde a Clemente XIV.; *Fessler* l. c. p. 246. sq. — Quoad ferias vero iudiciales, quae non sunt festa de praecepto, se nihil immutare edixerat Urbanus VIII., cit. Constitutione. Pius X. in citato Motu proprio de feriis iudicialibus non egit; sed de his actum est in *Normis communibus officiis S. Sedis*, ubi capite V. agitur de feriis, et dicitur: "*Singulis diebus festis cum praecepto officia vacabunt.* „

His adduntur: anniversaria dies creationis et coronationis Summi Pontificis; item obitus decessoris; statim dies Consistoriis habendis sive publicis sive semipublicis; feria secunda et tertia Quinquagesimae et quarta Cinerum; postremi dies quatuor maioris hebdomadae et feria secunda et tertia Paschatis; pervigilium Pentecostes et succedentes huic festo dies, feria secunda et tertia; pervigilium Deiparae in coelum receptae; secundus dies mensis Novembris in commemoratione fidelium defunctorum; pervigilium Nativitatis Domini et consequentes tres dies; ultimus anni dies „.

Quibus postea sub n. 3. additur: "*A die decimo mensis Septembris ad trigesimum primum Octobris decurrent feriae autumnales* „. In tribunali vero Rom. Rotae ex nova ordinatione diei 5. Iul. 1913. feriae autumnales decurrunt a die 24. Aug. ad diem 14. Oct.

(13) Commentatores Decretalium generatim hic agunt de diebus festis; verum disputatio de diebus festis potius spectat sive ad disputationem de iure liturgico, sive ad disputationem de cultu divino, cum celebratio festorum ex ipsa sua natura sit actus cultus seu religionis. Quare haec disputatio, quam hic omnino omitimus, iure merito iam praeoccupata est in libro tertio tit. XV. n. 393. sq.

(14) Normae comm. cap. V.

(15) Editto Card. Gamberini § 318. "*Le ferie generali per tutti i giudici e tribunali, anche ecclesiastici, di Roma e dello Stato, incominciano col primo giorno del mese di Ottobre e cessano col giorno 11. del mese di Novembre, salve le particolari disposizioni pei giudici e tribunali delle provincie di Bologna e di Ferrara* „.

In sacris feriis omnes actus iurisdictionis contentiosae sive iudicialis strepitus prohibiti atque adeo irriti existunt (16), ita ut, consentientibus licet partibus et iudicibus, nec processus habitus teneat, nec sententia promulgata (17) in causa tam publica quam privata (18), contentiosa vel criminali (19), non tantum ratione iudicum, sed etiam arbitrorum (20), in processu ordinario vel summario, valeat, nisi necessitas urgeat, vel pietas aliud suadeat (21).

323. Sanctiones iuris Romani (22) de feriis messis et vindemiae ob necessitates hominum indultis etiam in foro ecclesiastico receptae fuerunt (23). Quae tempora cum varient pro diversitate regionum ex consuetudine legitima sunt determinanda (24). Atque his diebus feriatis iudex procedere valet, si de partium processerit voluntate, verum ad hoc non teneatur, excepto casu urgentis necessitatis (25).

Feriae sacrae alique dies feriati quoad actus iudiciales, more Romano etiam in Ecclesia Romana foroque ecclesiastico diu iam recepto, ita computantur, ut dies a media nocte incipiat et sequentis noctis media parte finiatur (26).

Si iudex, actor, reus diversa habent domicilia, principa-

(16) Gregor. XVI., *Regulam. giud.* § 417. « Tali atti (i. e. citazione, intimazione o notifica di sentenza o d'altro atto giudiziale) sono nulli, quando si facciano ne' giorni festivi di precetto senza permesso dell' ecclesiastica autorità ».

(17) Cap. 5. h. t.; L. 2. Cod. h. t.

(18) L. 8. 11. cod. h. t.

(19) Cap. 1. 5. X. h. t.; L. 6. Cod. h. t.

(20) L. 7. Cod. h. t.

(21) Cap. 5. h. t.; cap. 2. de V. S. V. 11. in Clem.; *Zallinger* h. t. §§ 127. 128. 131.; *Schmalzgr.* h. t. n. 20.; *Leuren* h. t. q. 295. sq.; *Suarez* l. c. cap. 30. 31.; *Fagnan.* in cap. 5. X. h. t. n. 10. sq.

(22) L. 2. Cod. h. t.

(23) Cap. 5. X. h. t.; cap. 2. de V. S. V. 11. in Clem.

(24) *Schmalzgr.* h. t. n. 17.

(25) *Schmalzgr.* h. t. n. 20. 21.; *Schulte*, *Eheprocess* § 4.; Gloss. v. Ob necessitates cit. cap. 2. de V. S. in Clem. Editto Card. Gamberini § 319. 320. Hisce feriis messis et vindemiae iuris Romani et antiqui iuris canonici nostra aetate successerunt illae feriae iudiciales, quae statis anni temporibus, tum in foro civili tum in foro ecclesiastico iudicibus concedi solent. Quare messis vel vindemia ex disciplina nunc vigente in Ecclesia est una ex rationibus propter quas iudex ecclesiasticus agricolis dilationes concedere potest. Cfr. *Santi* h. t. n. 3.

(26) L. 8. D. h. t.; c. 11. Dist. 3. de consec.; cap. 24. X. de off. et pot. iud. del. I. 29.; *Zallinger* h. t. § 130.

liter attendendae sunt feriae loci, quo actus iudicialis est perficiendus, neque solius domicilii iudicis ratio est habenda (27).

Dies feriatum intra terminos vel dilationes iudiciales occurrentes non impediunt dilationum cursum, nisi totum terminum vel maiorem eius partem absorbeant, v. g. si die sabbati ante dominicam palmarum concederetur dilatio per 14. dies. Quod si ultimus dilationum dies sit feriatum, qui citatus est iuxta leges Romanas comparere non tenetur, cum citatio sit nulla et irrita (28), sed ex aequitate canonica et communi tribunalium praxi intelligitur primus dies iudicialis post diem feriatum. Quae clausula non raro in citationibus disertis verbis exprimitur (29).

§ 2. DE SPECIALIBUS ACTIBUS IUDICIALIBUS (30) DIEBUS  
FERIATIS PROHIBITIS VEL PERMISSIS.

324. I. Generatim diebus festis prohibentur etiam ecclesiastica iudicia civilia sive contentiosa, sive omnes actus iurisdictionis contentiosae, qui exercentur cum strepitu forensi sive iudiciali; sed nullo iure interdicuntur actus iurisdictionis voluntariae, v. g. dispensationes, collationes beneficiorum (31). In specie quamvis die feriato, sive sacro sive profano, libellus iudici ecclesiastico etiam extra casum necessitatis licite et valide offerri possit, cum iudicium a citatione incipiat, tamen libelli insinuatio feria sacra per iudicem reo facta una cum citatione illicita et invalida est habenda (32).

II. Iuramentum iudiciale quodcumque, v. g. iuramentum calumniae vel testium die festo nequit exigi; alias iuramentum est illicitum et invalidum, neque fieri potest receptio et exa-

(27) *Schmalzgr. h. t. n. 40.*; *Zallinger h. t. § 130*; *Durantis l. c. Ferialium n. 5. 6. 7.*; *Schmalzgr. h. t. n. 40.*; *L. 2. 13. Cod. de iudaeis l. 9.*; *Gregor. XVI., Regul. giud. § 1161.*

(28) *L. 2. et 11. Cod. h. t.*

(29) *Zallinger h. t. § 129.*; *Zech l. c. tit. 18. § 215.*

(30) Quinam alii actus praeter iudiciales diebus festis prohibeantur, hoc titulo ex professo non videtur explicandum, ne in materiam a processu canonico nimis remotam incidat disputatio neve in moralistarum messem mittamus falcem. Cfr. *Gury-Ballerini, Theol. moral. tom. I. n. 337. sq. n. 474. sq. 299.*; *Schmalzgr. h. t.*

(31) *L. 2. D. h. t. cap. 5. X. h. t.*

(32) *L. 2. 8. 11. Cod. h. t.*; *cap. 5. X. h. t.*; *Leuren h. t. q. 299.*; *Schmalzgr. h. t. n. 30. sq.*; *Suarez l. c. cap. 30*; *Durantis l. c. § Sequitur*; *Fagnan. in cap. 5. X. h. t. n. 39. sq.*

men testium. Etenim testes in feria sacra ad testimonium dicendum cogi nequeunt (33), et in depositione et examinatione testium strepitus iudicialis summo quodam gradu exhibetur (34).

III. Sententia in iudicio ecclesiastico, cum cognitione et strepitu iudicali feria sacra lata, illicita et irrita existit (35), multoque magis executio sententiae (36).

IV. Denique diebus festis omnino prohibentur iudicia criminalia, quibus quis ad mortem vel aliam poenam condemnatur (37).

## TITULUS XIV.

### DE TERMINIS ET DILATIONIBUS.

(*Lib. II. tit. 8. de dilationibus*).

**325. Fontes:** Dig. II. 12. de feriis et dilationibus et diversis temp. Cod. III. 11. de dilationibus (1). — C. III. q. 2. 3.; c. 28. C. II. q. 6. — Comp. I. lib. II. tit. 4. de dilat.; Comp. II. lib. II. tit. 4. de dilat. — Decretal. Greg. IX. lib. II. tit. 8. de dil., Extrav. comm. lib. II. tit. 2. de dil. — Conc. Trid. Sess. XIII. cap. 3. de ref., Sess. XXIV. cap. 20. de ref., Instr. S. C. Ep. et Reg. 11. Iun. 1880.

**Scriptores:** Commentatores iur. Rom. in h. t.; *Arndts-Serafini* l. c. § 87. sq.; *Vering*, Gesch. u. Pand. §§ 87. 97. sq. — Comment. iur. Decret. praesertim *Devoti* h. t.; *Zech*, l. c. tit. 12. de forma iudicii ecclesiastici civilis in prima instantia, tit. 18. de dilat. et feriis; *Devoti* Inst. can. lib. III. tit. 13. de dilat.; *Tancred.* l. c. P. II. tit. 17. de dilationib.; *Durantis* l. c. lib. II. part. I. tit. de dilat.; *Muenchen* l. c. I. p. 86. sq.; *Schulte*, Eheprocess § 19. — *Ponsius* l. c. p. 107.

(33) L. 11. § 1. Cod. h. t.

(34) Cap. 1. 5. X. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 24. 25. 41. 42.; *Leuren* h. t. q. 302. 303.

(35) Cap. 5. X. h. t.

(36) L. 11. § 1. Cod. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 44. sq.; Greg. XVI., Regol. giud. § 1059. sq.

(37) Cap. 1. X. h. t.

(1) Greg. XVI., Regol. giud. § 412. — Il giorno della presentazione e quello della scadenza non s'intenderanno mai compresi nel termine della citazione ed altri atti di notifica o d'intimo alla persona o al domicilio. Questo termine sarà prolungato di un giorno per ogni venti miglia di distanza tra il domicilio o dimora della parte intimata ed il luogo della comparsa.... — § 413. — Nei termini accordati dalla legge o dai giudici, quando è loro permesso di accordarli, si comprende il giorno in cui finisce il termine, ma non quello in cui comincia. — §§ 414. 415. 416. 479. Vide in Archiv f. k. KR. t. 13. p. 389. exempla concessarum dilationum in causa matrimoniali.

## Praenotiones.

**326. Connexio materiae.** Dies iudicarii, qui, subductis feriis sacris et profanis, negotiis forensibus destinantur, nequaquam libero arbitrio singulorum litigatorum sunt dimissi, sed pro multitudine litium partibus certi dies atque adeo determinatae horae assignantur, quibus in iudicio compareant vel temporis spatia conceduntur actibus iudicialibus praeparandis vel perficiendis idonea. Quare de terminis atque dilationibus est agendum.

**327. Definitio.** Quamvis voces termini et dilationis (2) non raro confundantur, tamen terminus iudicialis sensu stricto est *certa dies vel hora* litigatoribus a competente auctoritate congrue assignata, *quibus* actus iudicialis est expediendus (3). Dilatio vero est longius quoddam iustumque temporis *intervallum* litigatoribus, sive actori sive reo, a competente auctoritate concessum, *infra quod* actus iudicialis est peragendus (4).

**328. Divisio.** Dilationes sive termini in processu canonico dividuntur:

I. In legales, iudiciales, conventionales, quatenus dantur a iure vel a iudice vel mutuo litigatorum consensu.

II. Pro quadruplici parte processus canonici, distinguuntur: 1) Dilationes citatoriae, deliberatoriae, recusatoriae. — 2) Probatoriae et allegatoriae. — 3) Definitoriae et executoriae (5). — 4) Appellatoriae.

III. Secundum effectum, alii termini dicuntur dilatorii, alii vero peremptorii (6).

(2) *Pirhing* h. t. pr., de rubro h. t. generaliiori quam nigro.

(3) Cap. 24. 28. § 4. X. de offic. et pot. iud. deleg. I. 29.; cap. 15. X. d. sen. et re iud. II. 27.

(4) Non raro duae istae voces promiscue adhibentur ita ut etiam in fontibus « terminus » interdum idem significet ac « spatium » sive « dilatio ». At sensu stricto sunt distincta, ut ipsae voces insinuant et in textu fuit explicatum, nec non fontes comprobant ac modus loquendi modernorum Codicum confirmat, in quibus « termini » a « spatio » distinguuntur. L. 2. § 2. D. de iud. V. I.; L. 1. Cod. h. t.; cap. 1. X. h. t.

(5) In hac quoque materia Ecclesia non raro ius Romanum adoptavit, sed saepe quoque immutavit suisque necessitatibus accommodavit, ita ut paucissimi tantum existant termini iudiciales ipso iure communi absolute determinati; plerique enim pendent a prudenti iudicis arbitrio. Qui usus induciarum et receptio iuris Romani maxime patent ex canonibus et dictis Gratiani C. III. q. 2. et 3. atque ex capitibus huius tituli.

(6) *Durantis* l. c.; *Pirhing* h. t. n. 2. 3.



**329. Notae historicae.** Licet recta iustitiae administratio exigat, ut breviter finiantur lites, et iura frustratorias dilationes detestentur, tamen ut partes probationes vel defensiones proponere, et iudex tuto ad sententiam ferendam procedat, iusta quoque temporis spatia sunt concedenda. Quod aequitas naturalis dictat, id Ecclesia constanti sua praxi et legislatione observavit (7). Hinc Eusebio, Antonini accusatori, undecim dies dati fuerunt ad exhibendos testes, duo autem menses vicinis Episcopis ad sua iura tuenda, neque minus reprobatae sunt dilationes illegitimae, quibus idem Antoninus causae cursum impedire studuit (8).

Sane in codice Theodosiano lib. IX. tit. 36. iam statutum fuerat, ut intra annum criminalis actio terminaretur; Imperator vero Iustinianus (L. 3. Cod. ut intra certum tempus criminalis quaestio terminetur IX. 44.) edixit: "Criminales causas omnimodo intra duos annos a contestatione litis connumerandos finire, nec ulla occasione ad ampliora produci tempora, sed post biennii excessum, minime ulterius, lite accusatum absolvi, „ atque L. 13. Cod. de iud. III. 1. censuit, omnes lites civiles ibidem expressas " non ultra triennii metas post litem contestatam esse protrahendas. „ Quae leges Romanae, de biennio vel triennio litibus finiendis constituto, iure Decretalium non fuerunt receptae (9), neque ipso Concilii Tridentini Sess. XXIV. capite 20. absolutus quidam terminus universo processui canonico finiendi est praescriptus. Quoad particulares actus processus canonici, quamvis Ecclesia non raro terminos iure Romano definitos adoptarit (confr. dicta Gratiani post c. 4. C. III. q. 3), tamen ab illo etiam recessit (10), ita ut pauci existant termini in foro ecclesiastico ipso iure communi absolute determinati. Quare plerique pendent a prudenti arbitrio iudicis aut legibus vel consuetudinibus particularibus (11).

Termini legales in foro ecclesiastico, praesertim pro appellationibus, paulatim magis magisque accurate fuerunt constituti (12).

(7) Canones, quos affert Gratianus C. III. q. 2. 3. tamquam ex primis Ecclesiae saeculis de dilationibus sive terminis, sunt capita conficta a Pseudo-Isidoro.

(8) *Ponsius* l. c.

(9) Cap. 20. X. de iud. II. 1.

(10) Cfr. infra § 2. n. 1.

(11) *Schulle*, Eheprocess § 19.

(12) Novell. 23. cap. 1.; c. 28. C. II. q. 6.; cap. 15. X. de sent. et re iud.

## § 1. DE IURE CONCEDENDI TERMINOS VEL DILATIONES.

**330.** Dilationes conceduntur ipso iure, sive scripto sive non scripto, vel stylo curiae. Quodsi illarum duratio absolute a iure determinatur, dicuntur dilationes absolute legales (13); conditionatae vel mixtae dicuntur, si dilationes iure concessae iudicis interventionem requirunt (14).

Dilationes conventionales, quamvis mutuo consensu stabiliri vel potius praeparari possint, tamen ex sola iudicis expressa vel tacita approbatione vim iuridicam obtinent (15).

Dilationes iudiciales (16) ita arbitrio iudicis sunt subiectae, ut is imprimis ordinarie servare debeat tempus minimum vel maximum iure communi vel particulari statutum (17), neque pro lubito illas concedere vel denegare possit; etenim ut concedantur dilationes iusta requiritur causa, qua probata denegari nequeunt. Quodsi dilationes pro circumstantiis nimis breves fuissent datae a iudice, iusta habetur causa querelae (18) aut proponendi exceptionem spatii nimis angusti (19). Quodsi dilationes concederentur iusto longiores, adversarius movere posset querelam protractae iustitiae (20). Denique dilationes iudiciales in dubio ut mere dilatoriae sunt habendae, et peremptoriae tum solum existunt, cum expressa iuris sanctione aut iudicis declaratione peremptoriae dicuntur.

## § 2. DE FORMA ET MODO CONCEDENDI DILATIONES.

**331.** Dilationes *citatoriae*, quae reo conceduntur, si in ius vocatur sive citatur ad comparandum, natura sua simplices

II. 27.; cap. 5. X. de appell. II. 28.; cap. 8. eod. II. 15. in Sext.; cap. 3. eod. II. 12. in Clem.; Conc. Trid. Sess. XIII. cap. 3. de reform.; Instr. 11. Iun. 1880. art. 40.; Instr. Card. Rauscher §§ 103. 176. 189.; Ph. Hergenroether, D. Appell. p. 38.

(13) Nov. 23. cap. 1.; cap. 15. X. de sent. et re iud. II. 27.; Instr. 11. Iun. 1880. art. 38. 40. 41.; Instr. Card. Rauscher § 189.

(14) *Schmalzgr. h. t. n. 8.*; *Schulte*, Eheprocess I. c. p. 66.; *Devoti h. t. § 1.*

(15) Cap. 4. de appell. II. 12. in Clem.; *Schulte* I. c. p. 70.

(16) Gregor. XVI., Regolam. giudiz. v. g. §§ 897. 901.

(17) L. 7. Cod. h. t.

(18) Cap. 1. 4. X. h. t.; Conc. Trid. Sess. XXV. cap. 10. de ref.; S. C. Ep. et Reg. 20. Aug. 1681. in Anal. I. P. XIII. 51. 116.; *Droste* I. c. p. 124.; *Muenchen* I. c. I. p. 86.; *Schulte* I. c. p. 67.

(19) Cap. 24. i. f. X. de off. et pot. iud. deleg. I. 29.

(20) *Schmalzgr. h. t. n. 3. 45.*

sunt et admonitoriae tantum, si prima vice citationes insinuantur et secunda vice repetuntur sufficienti semper tempore dato; verum ad tertiam citationem, quae peremptoria est, etsi id non exprimitur (21), reus omnino comparere tenetur (22), nec iudex ultra exspectare debet, nisi gratiam facere velit (23). Verum, circumstantiis id exigentibus, iudex potest una citatione peremptoria reum in ius vocare, dummodo id in citatione exprimat aut saltem post primam citationem simplicem illico in secunda citatione rei potest praelegi terminus peremptorius (24). Antiquo iure Romano singulae citationes simplices decendio fuerunt distinguendae (25), imo iure novo triginta diebus (26). At iure canonico prudenti arbitrio iudicis definitio temporis est relicta (27).

332. *Dilationes deliberatoriae* ordinarie dabantur soli reo, ut post libellum oblatum deliberare posset, num litigare vellet, atque ex iure Romano (28) per viginti dies durabant a die libelli reo insinuati, nisi iudex ex rationabili causa illud tempus contraheret aut prorogaret (29).

(21) L. 9. Cod. quomodo et quando VII. 43.

(22) L. 68. sq. D. de iudic. V. 1.

(23) Cap. 24. X. de officio et p. i. d. I. 29.; cap. 7. X. de dol. et cont. II. 14.

(24) Instr. 11. Iun. 1880. art. 24.; *Pirhing* h. t. n. 4. sq. et II. 1. n. 115.; Gregor. XVI., Regol. giudiz. §§ 556. sq. 1092. sq. 11. 33. sq.

(25) L. 68. sq. D. de iud. V. 1.; L. 13. § 2. Cod. eod. III. 1.

(26) Authent. Qui semel Cod. quomodo et quando VII. 43.

(27) Cap. 24. X. I. 29.; cap. 1. X. h. t. *Schmalzgr.* h. t. n. 3. 6.; *Schulte* l. c. p. 69.; Greg. XVI., Regol. giud. §§ 479. 514. 522. 524. sq. 557. 647. de terminis citatoriis.

(28) Authent. Offeratur Cod. de litis contestat. III. 9.; Novell. 53. cap. 3. § 1.; *Devoti*, Inst. can. lib. III. tit. 5. § 1.

(29) Glossa et *Barbosa* cum aliis negant hoc tempus 20. dierum posse coartari vel prorogari eam ob rationem, quia sicut decendium ad appellandum, ita nec 20. isti dies possunt a iudice coartari vel prorogari, quoniam termini legales sunt sive a iure concessi; tempus autem a iure concessum non potest per iudicem coartari vel prorogari. At alii cum *Bartolo* affirmant, si hoc fiat in favorem rei et ex urgente causa; atque ad argumentum allatum respondent, distinguendos esse terminos a iure constitutos simpliciter et sine ullo iudicis ministerio, ut concessum est decendium appellationis, et inter terminos, qui iudicis ministerio conceduntur, ut sunt termini seu dilationes deliberatoriae et recusatoriae. Primi isti termini a iudice prorogari vel coartari nequeunt, bene vero alii. Ita *Schmalzgr.* h. t. n. 8. Praeterea notat idem scriptor has dilationes deliberatorias sua natura esse peremptorias, ita ut per se unica tantum vice concedendae sint; at secunda quaedam dilatio deliberatoria non est interdicta: si iustum quoddam impedimentum intervenerit; si libellus ita sit generalis, ut reus inde

At in foro ecclesiastico reus a dilationibus repellendus est, si sufficienter instructus ad causam accedat (30). Quare nostra aetate ex disciplina vigente optimo iure huiusmodi dilationes reo negantur, quoniam in citatione regulariter causa litis motae accurate solet enuntiari (31), et si iudex cessante causa concederet dilationes, potius infringeret iura, quae superfluas dilationes detestantur (32). Multoque minus actori dantur dilationes deliberatoriae, quippe qui instructus esse debeat, cum ad iudicium provocat (33). Quodsi reus exceptiones proponat, actori quoque dilationes non negantur, ut deliberare possit, an et quomodo exceptionem admittere velit. Nam reus in exceptione actor est (34).

333. Dilationes *recusatoriae* dantur ad oppugnandas exceptiones (35) sive declinatorias sive dilatorias, priusquam fiat litis contestatio (36), v. g. si reus iudicem tanquam suspectum recusat (37), vel impugnat rescriptum, vi cuius in ius vocatur (38), vel repellit actorem aut eius procuratorem, quod legitimam personam standi in iudicio non habeant, v. g. propter excommunicationem (39), vel nominat auctorem, ut ipsi litem denuntiet (40). Tempus hisce dilationibus concedendum est illud, quod libro II. titulo 25. de exceptionib. est statutum exceptionibus.

sufficienter non instruatur; si in libello actor aliquid mutet, quod pertineat ad substantiam, secus dicendum, si quid mutet, quod solummodo pertinet ad aliquam circumstantiam aut quod superflue additur (cfr. cap. 3. h. t.); si nova in iudicio exurgat exceptio; si a iudice, praesente utraque parte, daretur nova dilatio nec quisquam contradiceret: censeretur enim dilatio data ex mutuo consensu et iudice approbante.

In Lege propria Rotae can. 28., quoad terminos pro variis actibus statutos, dicitur: - Spatia temporum superioribus canonibus constituta prorogari possunt a iudice ad instantiam unius partis, altera prius audita, vel etiam coactari, si ipse iudex necessarium duxerit, consentientibus tamen partibus ».

(30) Cap. 2. X. h. t.

(31) Instr. 11. Iun. 1880. art. 22. et de casu excepto art. 23.

(32) Novell. 112. cap. 3.; Conc. Trid. Sess. XXV. cap. 10. de ref.

(33) Cap. 3. X. h. t.

(34) L. 1. D. de except. XLIV. 1.; *Schmalzgr.* h. t. n. 7. 8. 9.; *Pirhing* h. t. n. 9. sq.

(35) Greg. XVI., Regol. giud. § 778. sq. de terminis concessis ad impugnandum valorem actuum iudicialium.

(36) Cap. 4. X. de except. II. 25.; *Schmalzgr.* h. t. n. 10.

(37) L. 16. Cod. de iud. III. 1.

(38) L. 2. Cod. h. t.

(39) Cap. 1. de except. II. 12. in Sext.; *Kober*, D. Kirchenbann p. 421.

(40) L. 2. Cod. ubi in rem. III. 19.; cap. 5. § 7. X. ut lite non const. II. 6.

334. *Dilationes probatoriae* dantur pro temporis spatio prudenti iudicis arbitrio definiendo utrique litigatori ad ipsius instantiam, praesertim post litis contestationem usque ad conclusionem in causa, ut intentionem suam probet (41), licet a iudice quoque ex officio concedi possint vel debeant (42). At ordinarie saltem in causis civilibus sive contentiosis non facile amplius quam semel conceduntur, nisi rerum urgentissima ratio id flagitet, et necessitas desideratae instructionis exigat; nunquam vero quinta dilatio concedi solet, imo iam ad quartam requiritur insuper solemnitas legalis, vi cuius is, qui dilationem petit, post allegatam et probatam causam, iuramento asserat, se non malitiose petere dilationem (43). Ex legibus Romanis (44) in causis capitalibus (quam dispositionem consuetudo ad alias quoque causas criminales extenderat) reo tres dilationes, accusatori duae, causa cognita, dari poterant. Nostra aetate etiam quoad numerum dilationum probatarum res prudenti iudicis ecclesiastici arbitrio videtur relicta (45).

335. *Definitoriae* dilationes dantur post conclusionem in causa ad audiendam sententiam, et possunt concedi bis vel ter, nisi forte iam prima dilatio data sit (ut expedit) ad instar termini peremptorii. Quo in casu in absentia quoque partis citatae ad sententiam recitandam et publicandam procedere potest iudex (46). Quantum tempus his dilationibus sit assignandum, prudenti iudicis arbitrio relinquitur (47).

336. *Executoriae* dilationes reo assignantur post sententiam latam, ut praestet solutionem vel satisfactionem, et in causis criminalibus non conceduntur, nisi in casibus a iure exceptis, v. g. si opponatur exceptio excommunicationis (48); in civilibus vero sive litigiosis causis, *si dantur* (nam in rea-

(41) L. 1. 7. Cod. h. t.; cap. 1. X. h. t.

(42) *Schmalzgr.* h. t. n. 12. sq.; *Pirhing* h. t. n. 16. sq.; *Maranta*, Speculum aureum Part. 6. de dilatione n. 1. sq.

(43) L. 10. D. de feriis et dilat. II. 12.; L. 1. Cod. h. t.; Authent. At qui semel, post L. 19. Cod. de prob. IV. 19. = Novell. 90. cap. 4.; cap. 15. X. de testib. II. 20.

(44) L. 10. D. h. t.

(45) Instr. 11. Iun. 1830. art. 28. 33.; Greg. XVI., Regol. giud. § 565. 567. 571. 581. 584. 588. 637. aliisque, de terminis, qui spectant ad prosecutionem causae.

(46) L. 71. D. de iud. V. 1.; cap. 24. X. de offic. et p. iud. del. I. 29.

(47) *Schmalzgr.* h. t. n. 20.

(48) Cap. 1. de except. II. 12. in 6.



libus actionibus executio statim fit elapso decendio ad appellandum concessio, nisi reus absque dolo neget, se sententiam condemnatoriam statim exequi posse et caveat per fideiussores de re vel eius aestimatione restituenda; quo in casu a iudice dilatio est concedenda (49), ordinarie comprehendunt spatium quatuor mensium (50). Quod quadrimestre in actionibus personalibus, si res ita exigat, a iudice extendi vel contrahi potest (51).

337. De dilationibus *appellatoriis* consulendus est libri II. titulus 28. de appellationibus (52). Inter dilationes appellatorias maxime notanda est illa, quod infra 10. dies interponenda sit appellatio (53).

### § 3. DE COMPUTATIONE TERMINORUM VEL DILATIONUM.

338. Dilationes iuxta computationem civilem ita numerandae sunt, ut is dies tanquam primus sit habendus, qui diem insinuationis decreti iudicialis sequitur (54).

In dilatione comprehenduntur dies feriati, si qui intra dilationem occurrant (55), nisi feriae absorbeant totam dilationem vel maiorem illius partem; item si saltem multae feriae incidant vel repentinae, quae praevideri non poterant, aequitas videtur postulare, ut iudex huius rei rationem habeat (56).

Computatio termini pro appellationibus vel aliis iuris remediis dati facienda est a momento publicatae sententiae usque ad momentum decimi diei, quod correspondeat momento recitationis sententiae primo die factae. Cfr. Novell. 23. cap. 1.: "Intra decem dierum spatium a recitatione sententiae numerandum"; cap. 8. de appell. II. 15. in Sext.: "Concer-

(49) § 2. Inst. de offic. iud. IV. 17.; L. 68. Dig. de rei vind. VI. 1.

(50) Cap. 26. X. D. off. et pot. i. del. I. 29.; cap. 15. X. de sent. et re iud. II. 27.

(51) Cap. cit. 26.; L. 31. D. de re iud. XLII. 1.; *Schmalzgr. h. t. n. 21.*; Gregor. XVI., Regol. giud. §§ 1003. sq. 1032. de recursibus contra provisionem executionem. Cfr. quoque § 1062.

(52) Cfr. quoque *Bouix*, De iud. II. p. 281.; *Ph. Hergenroether*; D. appellat. p. 38.

(53) Cfr. quoque Instr. 11. Iun. 1880. art. 40. 41.; Greg. XVI., Regol. giud. §§ 969. sq. 1072. 1076. 1077. de terminis appellatoriis.

(54) L. 101. D. d. R. I. L. 17.; cap. 1. de except. II. 12. in Sext.; *Muenchen I. c. I. p. 88.*; *Arndts-Serafini I. c. § 89.*; *Schmalzgr. h. t. n. 25.*

(55) L. 3. Cod. h. t.; L. 101. D. de R. I. L. 17.

(56) *Schmalzgr. h. t. n. 26.*

tationi antiquae (57) finem imponere praesenti constitutione volentes, statuimus, ut.... quisquis.... infra decem dies, postquam sciverit, si velit, appellet „.

Quodsi hora recitatae sententiae in documento ea de re confecto non exprimatur, appellatio sive aliud iuris remedium recte interponitur, si fiat ante finem decimi diei iudicialis post sententiae recitationem.

§ 4. DE PROROGATIONE ET COARCTATIONE DILATIONUM  
VEL TERMINORUM.

**339.** Dilationes prorogari vel contrahi possunt:

I. Conventione partium a iudice approbata (58), non tantum quoad dilationes conventionales et iudiciales, sed etiam legales (59), exceptis decendio appellationis et aliis dilationibus absolute praescriptis (60).

II. Decreto iudicis, si agatur de dilationibus iudicialibus; at iudex dilationes conventionales a se approbatas invitis partibus mutare non debet, nisi periculum ex dilatione imminere videat (61); denique licet decendium appellationis vel alias dilationes legales absolute praescriptas prorogare vel coarctare non possit, tamen in dilationibus legalibus mixtis, quae natura sua iudicis ministerium requirunt, ab huiusmodi facultatis prudenti usu non videtur esse exclusus.

III. Iuris dispositione fit prorogatio, ita ut v. g. haeredi partis defunctae intra tempus appellationi destinatum dilatio denuo currat (62).

**340.** Prolongatio dilationis, si a iudice concedatur ad instantiam partis obligatae, nisi petatur ante elapsum tempus dilationis, obligat ad compensandas expensas alteri parti. Petita vero prorogatio termini dilatorii debet a iudice concedi, si iusta subsit causa; sed concessio prorogationis termini peremptorii pendet ab eius arbitrio (63).

Tempus per novam dilationem concessum in casu dubii

(57) *Passerin*, in h. cap. 8. de appell.

(58) L. 45. pr. D. de re iud. XLVII. 1.; cap. 28. i. f. X. de off. et pot. iud. del. I. 29.; cap. 4. i. f. de appell. II. 12. in Clem.

(59) Cit. cap. 4. in Clem.

(60) *Pirhing* h. t. n. 22.

(61) Cit. cap. 4. in Clem.

(62) L. 6. Cod. si pend. appell. VII. 66.

(63) Cap. 24. X. de off. et p. i. d. I. 29.

currit a fine termini prolongati et idem temporis spatium complectitur et utrique parti pari ratione competit (64).

§ 5. DE EFFECTIBUS DILATIONIS.

**341. Effectus dilationis sunt :**

I. Iudicis officium toto dilationis tempore conquiescit (65), sive quoad totam causam sive quoad specialem actum causae, propter quem dilatio fuit concessa. Quare si iudex nondum elapso dilationis tempore ad ulteriora procedit, nulla et irrita sunt acta iudicialia, neque per partium consensum convalidari possunt, sed minime prohibetur, quominus in iis actibus causae procedat, pro quibus dilatio non fuit concessa.

II. Dilatio uni parti concessa etiam prodest alteri litigatori propter aequalitatem inter litigatores ex iustitia servandam (66). Quin imo ne reus quidem datae semel dilationi invito actore, cui ius quaesitum est, renunciare potest (67).

III. Dilatio excusat a poena et mora eum litigatorem cui concessa est.

IV. Lapsus diei in dilatione praefixi regulariter habet vim sententiae interlocutoriae, qua perimitur actus, qui intra datum tempus poni debuisset. Hinc post elapsum terminum pars comparens non amplius auditur, nisi magna sit causa, atque iudex ipso facto et sine praevia sententia interlocutoria ad ulteriora procedere potest (68).

## TITULUS XV.

### DE FORMA ET ORDINE ACTUUM IUDICIALIUM.

(*Lib. II. tit. 10. de ordine cognitionum*).

**342. Fontes :** Cod. III. 8. de ordine iudiciorum, VII. 19. de ordine cognitionum — C. II. q. 2.; C. III. q. 1. 2. — Compil. I. lib. II. tit. 5. de ordine cognitionum; Comp. III. lib. II. tit. 4. eod.; Comp. V. lib. II. tit. 5. de ordine cognitionis. — Decretal. Gregor. IX. lib. II. tit. 10. de ord. cognitionum.

(64) L. 6. § 1. Cod. de temp. in integ. II. 52.; *Schulte*, Eheprocess I. c. p. 71.; *Leuren* h. t. q. 286.

(65) L. 3. Cod. h. t.

(66) R. I. 32. in Sext.

(67) L. 6. § 1. Cod. de temporib. II. 53.

(68) *Schmalzgr.* h. t. n. 22. sq.

**Scriptores :** Commentatores iur. Rom. in tit. cit.; *Renaud*, l. c. §§ 60. 148. 152. 153. 194. sq. — Commentat. iur. Decretal. in h. t. — *Zech* l. c. tit. 12. de forma iud. eccl. civ. in prim. inst., tit. 19. de mutuis petit. et ord. cognitionum; *Devoti*, Inst. can. lib. III. tit. 11. de ordine cognitionum. — *Tancred.* l. c. P. II. tit. 20. de ordine iudicior. et incid. quaestionib.; *Pilius* l. c. P. II. § 22. sq. de incid. quaest. et ord. cognition.; *Durantis* l. c. lib. II. partic. 1. de incidentib. quaest. et de ord. cognitionum; *Muenchen* l. c. I. 305. sq. — *Ponsius* l. c. p. 106. sq.; *Muechel*, Das Verfahren bis zur Litiscontestation im ordentlich. canon. Civilproc. Leipzig, 1870.; *Tardif*, La procédure civile et criminelle aux 13<sup>e</sup> et 14<sup>e</sup> siècles, Paris 1885.; *Tarron*, L'ordre du procès civil au 14<sup>e</sup> siècle. In Nouv. Revue hist. de droit, p. 303. sq. 1885.

### Praenotiones.

343. Postquam de loco et tempore disputatum est, quibus actus iudiciales sive a magistratibus sive a partibus sint exercendi, reliquum est, ut de actibus iudicialibus in se spectatis eorumque forma et ordine disseratur.

#### § 1. PRINCIPIA FUNDAMENTALIA DE PROCEDURA UNIVERSIM SPECTATA.

##### I. De mutua partium audientia.

344. Cum nulla causa in iudicium introduci possit, nisi praecedat actio sive aggressio aut a parte privata aut ab accusatore publico promota, aut, fama denuntiante, ex officii a iudice causa instruatur, aequitatis ratio postulat, ut alteri parti, quae aggressionem impetitur, audientiae beneficium concedatur. “ Neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur „ ut iam edicitur L. 1. pr. D. De requir. reis XLVIII. 17 (1).

Quod principium mutuae audientiae sane in illis actibus iudicialibus non est applicandum, quibus aggressio defensione non est repellenda, nisi forte speciali iure rigorosius alterius partis praesentia requiratur, ut fit in processibus de nullitate matrimonii quoad defensorem vinculi. Multo minus huiusmodi principium violatur, si iudex ex officio ineptam parumque fundatam actionem statim a limine reiiciat, non audita parte accusata, aut ad ulteriora procedat, neglecta per reum opportunitate oblata sese defendendi (2).

(1) Cfr. quoque L. 45. § 2., L. 47. pr., L. 54. pr. D. de re iud. XLII. 1.; L. 3. Cod. quomodo et quand. VII. 43.; cap. 2. de sent. et re iud. II. 11. in Clem.; cap. 1. X. de causa possess. II. 12.

(2) *Schulte*, Eheprocess § 35.

## II. De procedura ad instantiam partium.

345. In causis civilibus sive contentiosis generatim et ordinarie recepta sunt principia: Nemo iudex sine actore; — iudex ne procedat ex officio; — iudex ne eat ultra petita partium; — quod non est in actis, non est in mundo. Hinc sequitur iudicem in causis civilibus cognitionem inchoare vel continuare ordinarie nonnisi ad instantiam partium (3). Etenim in causis civilibus ut plurimum agitur de iuribus privatis, quae partium dispositioni sunt permissa neque principaliter de bono vel iure quodam publico disceptatur, ut ex officio propter tutelam ordinis publici auctoritas non sit semper necessario interponenda (4).

346. At longe a dignitate atque ab officio iudicis praesertim ecclesiastici alienum esset, si solummodo ad instantiam partium privatarum aut promotorum defensorumque publicorum ad actus iudiciales excitaretur (5). Etenim iudex ecclesiasticus nec potest nec debet exspectare partium instantiam in iis, quae ex legum dispositione ipsi iam absolute sunt iniuncta, ad providam causae cognitionem: “Cum iudex qui usque ad prolationem sententiae *debet* universa rimari,

(3) L. 68. D. de iud. V. 1.; L. 4. § 8. D. de damno inf. XXXIX. 2.; Novell. 112. cap. 3.; *Durantis* l. c. lib. II. partic. 2. tit. de citat. § Sequitur n. 14.

(4) *Zech* l. c. tit. 3. de iudice § 33.

(5) “At vero si lis introducta et auctoritas iudicis pro ea definienda iam implorata est, vix tolerandum, multo minus praecipiendum videtur, ut iudex pendente lite iniurias continuari, tempus litis prolongari, variis artibus innocentium simplicitatem circumveniri, quiete et somnolenter aspiciat, donec ad singulos actus iudiciales clamore partis oppressae excitetur et ad fungendum munere suo compellatur”.

“Certe communis regula, quod iudex non interponat officium, nisi requisitus, varias patitur limitationes, scilicet si concurrat favor utilitatis publicae, si aliud exigat reverentia erga superiorem iudicem, ad quem fuit appellatum, si agatur de causis piis et privilegiatis alimentorum, dotium, piorum legatorum, personarum miserabilium etc., si sint personae, quae nesciant aut nequeunt ipsum officium implorare, quales sunt pupilli, absentes, pro quibus iudex ipse tenetur supplere; fallit etiam in iis, quae sunt nota iudici ut iudici, quae scilicet constant ex actis, aut quae sunt iuris, aut ubi aequitas id exigit, aut quando iudex interponit officium suum ad concordiam partium inducendam”. *Zech* l. c. tit. 3. §§ 33. 34. Quibus ex verbis patet exceptiones et limitationes huic principio etiam a recentioribus iuristis (cfr. *Renand* l. c. § 78.) oppositas, veteribus canonistis non plane fuisse ignotas.



possit interrogare de facto, quotiens dubitationis aliquid occurrat., (6); cap. 2. de V. S. V. 11. in Clem. "Interrogabit etiam partes, sive ad earum instantiam sive ex officio, ubicumque hoc aequitas suadebit.,"

Porro cum instantiae illae partium referantur potissimum ad dilucidanda facta, iudex in iuris quaestionibus dirimendis non pendet ab instantiis et allegationibus partium. Nam iura novit curia, facta sunt alleganda et probanda (7). Quin imo facta quoque notoria actis inserta, etiam sine instantia partium, a iudice ex officio sunt attendenda.

347. Quare mirum non est, quod in foro ecclesiastico nequaquam exclusive applicetur principium procedendi ad instantiam partium, sed inquisitionis quoque ex officio ratio habeatur, tum in causis civilibus sive litigiosis, tum in causis criminalibus (8).

Maxime vero in causis matrimonialibus sedulo iudici ecclesiastico attendendum est, quibus in casibus ad solam instantiam partium aut forte ex officio procedere possit vel debeat (9).

### III. De procedura conditionali sive eventuali.

348. Non pauci actus iudiciales inter se sunt colligati, ut ex natura rei necessario successive sint ponendi, cum unus forte sit conditio sine qua non alterius. At dubium non est, quin alii actus et simultaneam et successivam admittant propositionem, velut aggressiones et defensiones. Quae si successive a iudice admittantur, grave periculum existit litis protrahendae. Hinc leges alia et alia ratione efficere studuerunt, ut litium protractio impediretur.

349. Et legibus Romanis, quibus successio multorum actuum iudicialium non fuerat exclusa (10), cautum erat, ut iudicia legitima intra 18. menses, iudicia imperio continentia discessu magistratus finirentur (11). Quae antiqui iuris Romani san-

(6) Cap. 10. i. f. X. de fide instr. II. 22.

(7) Cfr. quoque L. unic. Cod. ut quae desunt II. 11.; L. 38. 58. D. de haereditatis petit. V. 3.: inde conficitur, clausulam salutarem potius urbanitatis quam practicae utilitatis causa in petitionibus partium addi; cap. 6. X. de iudic. II. 1.

(8) Instr. 11. Iun. 1880. art. 10. sq.; *Drosté* l. c. p. 36. sq.

(9) Instr. Card. *Rauscher* §§ 122. 123. 220.; *Schulte*, Eheprocess § 28.

(10) L. 9. Cod. de iudic. III. 1.

(11) Gai. IV. §§ 104. 105.; *Vering.*, Geschich. u. Pand. § 114.

etio in compilationes Imperatoris Iustiniani non est translata, sed L. 13. Cod. de iud. III. 1. et potissimum Nov. 115. cap. 2. litium prolixitas alia quadam ratione efficaciter est amputata.

Alia procedura antiquo processu iuris germanici est praeformata (12). Ex illo enim iure universa disceptatio iudicialis duobus terminis accurate distinctis absolvebatur, et in priore omnia petita et facta allegabantur, in altero termino admittebantur omnes simul probationes et allegationes, omnino exclusis novis petitis et assertionibus. Inde paulatim introducta est praxis, ut omnia et singula iuris subsidia tum principalia tum conditionalia sive in eventum posita, quibus litigator in determinata litis parte uti intenderet, statim ab initio illius partis simul essent indicanda, v. g. in libello actoris omnes petitiones, in responsione rei omnes exceptiones et defensiones. Quod si pars omisit, illius iuris usu exstitit privata. Eiusmodi procedura conditionalis, saltem iure particulari, etiam in Italia tempore medii aevi fuit recepta.

350. Ecclesia successivam actuum iudicialium exhibitionem secundum morem iuris Romani non omnino prohibuit; at quae iure Romano statuta fuerant de lite biennio vel triennio finienda a Gregorio IX. in sua collectione authentica (13). non fuerunt recepta. Quare ut litigatores a protrahendis litibus in foro ecclesiastico arcerentur, si conclusio in causa adhibebatur in processu ordinario (14), antequam sententia proferretur, etiam utraque pars malitiose differens allegationes, impedire non potuit, quominus iudex terminis elapsis ipso facto causam pro conclusa haberet atque ad sententiam procederet (15).

At ut certius impedirentur astutae litium protractiones, etiam in foro ecclesiastico, secundum analogiam antiqui iuris germanici, v. g. cap. 4. X. de except. II. 25., saltem quoad exceptiones dilatorias (16), iam ab Innocentio III. a. 1204. statutum est, "ut infra certum tempus a iudice assignandum omnes dilatoriae proponantur ita quod si partes ex tunc ali-

(12) *Wetzel* l. c. § 71.

(13) Cap. 20. X. de iud. II. 1.

(14) Cfr. de processu sommario cap. 2. d. V. S. V. 11. in *Clem.*

(15) Can. 11. C. XXX. q. 5.; cap. 8. X. de proc. I. 38.; cap. 5. i. f. X. de causa poss. II. 12.; cap. 11. X. de prob. II. 19.; cap. 9. 10. i. f. X. de fide instr. II. 22.; *Durantis* l. c. lib. II. partic. 1. tit. de except. § Dicto n. 4.; *Schmalzgr.* lib. II. tit. 27. n. 7. 5.

(16) Cfr. de dilationibus peremptoriis: *Durantis* l. c.

quas voluerint opponere, quas non fuerint protestatae, nulloatenus audiantur, nisi forte aliqua de novo sibi competens exorta fuerit, vel is, qui voluerit eam opponere, fidem faciat iuramento, se postmodum ad illius notitiam pervenisse „ et cap. 31. X. de testib. II. 20. Innoc. III. intra 1198.-1209. statuit idem quoad productionem testium. Cui decisioni consonat sententia interlocutoria ab eodem Rom. Pontifice a. 1207. data et relata cap. 9. X. de prob. II. 19., et Clemens V. cap. 2. de V. S. V. 11. in Clem. §. Et quia, et § Sententiam, idem principium processui summario applicatum potius extendit et ampliavit. Quare cum forma procedendi summaria etiam in causis matrimonialibus fuerit introducta, vestigia eiusdem principii etiam in processu matrimoniali occurrunt, salva speciali natura processus nullitatis matrimonii (17). Ecclesia igitur etiam in hac re mixtum quoddam sequitur systema aequitate canonica temperatum.

#### IV. De procedura viva voce vel scriptura facta.

351. Quemadmodum apud Romanos (18) et antiquos populos germanicos mos fuerat receptus, ut viva voce causae iudiciales disceptarentur, ita procul dubio etiam in foro ecclesiastico per multa saecula eadem vigeat disciplina. Atque vel ipsa prima lex ecclesiastica, in Concilio Lateranensi IV. (a. 1215.) ab Innocentio III. lata (19), de actibus iudicialibus conscribendis per personam publicam, huius disciplinae luculentum est testimonium. Cui rationi accedit longa illa capitum series iuris Decretalium, quibus in parte historica vel decisa cognitiones iudiciales viva voce publiceque factae continentur (20). Id quod confirmatur ex modo loquendi, quo vel ipsi scriptores saeculi 13. utuntur de disputationibus advocatorum aliisque processus partibus (21). At paulatim ex

(17) *Instruct. Card. Rauscher* §§ 126. 185. 215.; *Schulte*, Eheprocess §§ 29. 66.

(18) *Vering*, *Gesch. u. Pand.* § 122. i. f. 123.; *Walter*, *Gesch. d. roem. Rechts* § 729.; *Walter*, *Deut. Rechtsgesch.* § 699.

(19) Cap. 11. X. de prob. II. 19.

(20) Cap. 6. X. de renunt. I. 9.: „ Licet igitur iudex non semper ad unam speciem probationis applicet mentem suam, sed ex confessionibus, et aliis, quae in eius praesentia proponuntur, formet animi sui motum „.

(21) *Durantis* l. c. lib. I. partie. 4. tit. de advocato, de exordiis et arengis advocatorum.

saeculo 13. ut per scripturas procederetur, magis magisque est introductum. Cuius praxis iam satis manifesta exempla reperiuntur cap. 2. de testib. II. 10. in Sext.; cap. 2. de V. S. V. 11. in Clem., quibus accedunt assertiones canonistarum, velut *Durantis* l. c. lib. I. partic. 4. de teste § Nunc n. 1. 4., lib. II. part. 2. de posit. § Quinto n. 1. 12.; *Gratia* l. c. part. II. tit. 5. "Hoc modo scribat in aliqua cedula „; *Ioann. Urbach* l. c.

352. Ex disciplina nunc in Ecclesia vigente procedura canonica sane per scripturam fieri dicenda est, quatenus omnia et singula acta iudicialia aut scripto sunt facienda aut, si viva voce facta sint, saltem continuo sunt scripto consignanda iuxta formam a legibus praescriptam (22). Quam praxim solidis rationibus niti nemo profecto poterit negare, multoque minus ordinatae et accuratae causae cognitioni obstat, si allegationes facti et iuris scriptae per partes iudicibus ecclesiasticis traduntur. Minime vero exinde deduci potest, universam disceptationem iudicalem in foro ecclesiastico scripturis absolvi, cum praeter examen testium aliosque actus iudiciales, et actoris probationes et defensiones rei viva voce in tribunalibus ecclesiasticis proponi possint, ut evidenter patet ex Instr. S. C. Ep. et Reg. 11. Iun. 1880. art. 25. 28. 35. (23).

Quare Ecclesia in hac quoque quaestione, tantopere dis-

(22) Cap. 11. 15. X. de prob. II. 19.; cap. 1. X. de libelli obl. II. 3.; cap. 2. de V. S. V. 11. in Clem.; L. 33. § 1. D. ex quib. caus. IV. 6.; L. 1. Cod. Theod. de off. Proc. I. 12.

(23) *Drosle* l. c. p. 99.; *Schulte*, Eheprocess § 30. Quod si scripta actuum iudicialium consignatio sive insertio in protocollum penitus sit omissa, nulla et irrita est procedura canonica.

Factum, quod non constat ex actis, non potest esse ratio decisionis; porro acta de toto processu debent dare plenissimam informationem, neque scriptura, quae facta est pars actorum, potest ex eis pro arbitrio removeri. Quod si partes scripturam petant, haec eis per se restitui *non prohibetur*, nisi talis scriptura necessario in actis sit retinenda; at iis quoque in casibus, quibus restitutio fieri posset, praefendum est, ut detur tantum copia authenticata, non ipsum quoque originale. — Quomodo acta sint conservanda, hoc pendet ab instructione speciali de *archivo* iudicali. At ut patet haec obligatio conservandi acta non durat in perpetuum; sed acta destrui possunt, si tantum elapsum sit tempus, ut causa controversa non amplius possit introduci in iudicium, ut v. gr. causa nullitatis matrimonii, si utraque pars mortua est.



putata inter recentiores iuristas (24), mixto quodam systemate adoptato sapienter via media procedit (25).

(24) Quodsi ex istis iuristis nonnulli etiam catholici opportunitatem nacti sunt invehendi in Ecclesiam et in proceduram canonicam, iuvat contra ipsos citare *Muechel* l. c. p. 9. sq., qui, licet catholicus non sit, tamen acquitate naturali ductus, illas exceptiones contra proceduram canonicam prolatas aut solido fundamento carere aut saltem exaggerationibus niti optime probat. Qua responsione adversariis data, nequaquam proceduram canonicam nostra aetate tantum perfectionis gradum habere defendendum est, ut nullius emendationis et reformationis, etiam in hac quaestione, propositio sit attendenda, sed quasi a limine reiicienda, imo in novo Codice iuris canonici merito optima reformatio processus canonici exspectatur. Denique, vel in ipso foro saeculari, a procedura orali nimis extollenda, et deprimenda procedura per scripturas, abstinendum esse recte monet *Wetzell* l. c. § 67., et revera pura perfectaue procedura oralis nullo Codice civili lege generali est praescripta. Cfr. *Zachariae*, Handb. d. deuts. Strafprocess, §§ 12. 13.

His consonant ea, quae *D. Schönborn* scribebat in relatione, quam fecit die 20. Martii 1893. super schema novi Codicis processus civilis Austriaci et refert *Lud. Eusebio* in eiusdem Codicis italica versione: « Per lungo tempo — e a questo portava, in parte, già quel combattere che si faceva il sistema di procedura dominante, — si è grandemente esagerata l'importanza di certe forme procedurali, attribuendo loro, come tali, un valore che esse non hanno..... Così avvenne, ad esempio, per ciò che riguarda specialmente la oralità.

I vantaggi che essa offre per il procedimento giudiziario non potranno mai essere abbastanza apprezzati; ma questi vantaggi essa li offre non in sè e per sè stessa, bensì solo quando e in quanto essa renda possibile ed assicuri la immediatezza (*Unmittelbarkeit*) del procedimento. Ed anche considerato in ordine a questa funzione, la oralità, per essere utile, vuol essere contenuta entro certi limiti. Il tener fermo ad essa può, in certe circostanze, risolversi in un grave sacrificio imposto ad una delle parti o ad entrambe..... Senonchè il culto esagerato della forma non ammette questa ponderazione dei vantaggi e degli inconvenienti della oralità; esso fa del requisito della oralità qualche cosa di assoluto..... Allora, davanti alle esigenze della oralità, intesa in modo così assoluto, tutto deve piegarsi. Potrà allora avvenire, ad esempio — e questi esempi sono tratti da Regolamenti di procedura tutt'affatto recenti — che anche il contenuto di un documento non possa esser portato a conoscenza del tribunale se non mediante esposizione orale della parte; che la non - comparizione della parte, anche solo ad una delle ulteriori udienze, importi per essa le più gravi conseguenze; che la causa debba nell'istanza di appello esser pertrattata tutt'affatto *ex novo*, e perfino che, in rigida coerenza al principio della oralità, il procedimento in riparazione o in sede di rimedio di diritto venga assoggettato alle regole ordinarie della contumacia, etc.

Or, non è questa la via migliore per giungere ad un procedimento pratico, che faccia buona prova e di cui le parti possano essere soddisfatte. Coll'esagerare in tal modo il requisito della oralità, si verrebbe ad imporre alle parti un sacrificio di tempo e di spesa molto maggiore di quello che loro si impone oggi ».



### V. De procedura secreta vel publica.

353. Publicam apud Romanos aliosque populos fuisse causarum iudicalem disceptationem non multis argumentis est demonstrandum (26), neque Ecclesia ab hac praxi fuit aliena (27). At quo magis usus invaluit ut nonnisi per scripturas fieret cognitio iudicialis, eo magis quoque publica causarum ecclesiasticarum disceptatio a foro canonico recessit. Et quamvis negari non possit, publicam illam iustitiae administrationem, si legitimis circumscribatur limitibus atque necessariis exceptionibus detur locus, sua ratione probabili non carere atque sapienter retineri in foro saeculari (28); tamen attenta indole causarum, quae ex disciplina nunc vigente ordinarie in tribunalibus ecclesiasticis agitantur, nec necessaria nec utilis, imo non raro ne licita quidem dici potest publica procedura in causis ecclesiasticis.

354. Nihilominus etiam nostra aetate in foro ecclesiastico ea existit causarum publica discussio, quae a recta iustitiae administratione requiritur. Etenim causae deferuntur ad iudices ecclesiasticos, publica auctoritate praeditos, non pactis privatorum electos; de omnibus actibus iudicialibus publica fide constat, utpote a notario sive persona publica conscriptis; et saepe causae agitantur coram integro quodam collegio (29)

Ex altera parte addit: « Si è talvolta cercato di diminuire il valore che la oralità e la immediatezza del procedimento hanno per la risoluzione delle controversie civili col sostenere che esse nuocciono all'approfondimento della causa e della sentenza. La parola meramente orale — fu detto — vola e si perde..... Epperò il legislatore dovrà qui, con opportuni avvedimenti, spianare la via e fare in modo che anche nel nuovo procedimento il giudice possa attingere la sua sentenza ad una completa ed esatta conoscenza della causa ».

(25) Cfr. de antiqua procedura iudiciali coram Congregat. Rom. decret. S. C. Ep. et Reg. 1. Dec. 1732.; Anal. iur. Pont. XI. p. 791. 289.; XX. 164. XXIII.

(26) Cfr. supra tit. de loco et temp. actuum iudicialium; Editto Card. Gamberini § 127.: « Le udienze si terranno sempre in pubblico ed a porte aperte, eccettuati i casi preveduti nel Cap. 3...; Cod. proced. civ. Ital. art. 52.: « Le udienze dell'autorità giudiziaria sono pubbliche sotto pena di nullità ». Cod. instr. crim. Gall.: « L'instruction de chaque affaire sera publique, à peine de nullité ». Cfr. art. 153. 190. 309.

(27) Cap. 15. X. de testib. II. 20.: « Publice potest disputari ».

(28) *Zachariae*, Handb. d. d. Strafprocesses § 14., ubi fatetur interdum inefficacibus argumentis, vel pro ipso foro saeculari, publicitatem audientiarum iudicialium fuisse propugnatam.

(29) Cfr. singularem quandam dispositionem in Instructione Prag. a. 1869. §§ 78. 79.

iudicum, adstantibus promotore iustitiae vel defensore publico, advocatis vel procuratoribus partium ipsisque litigatoribus, nisi speciali iuris cautione excludantur, ut testes liberius dicant veritatem. Denique partes de universo causae statu informantur, ipsisque insciis et non auditis minime proceditur in causa.

Quodsi tertiis personis aditus ad tribunal ecclesiasticum intercluditur et acta negantur, id iis in causis, quibus id cautum est, optimo nititur fundamento. Nam causae iudiciales iam ex sese non adeo proxime et directe ad bonum publicum ordinantur, sed per sententiam iudicalem iura constituuntur inter partes. Porro nullo iuris titulo nititur facultas omnium hominum inspiciendi res et examinandi aliorum hominum negotia privata, praesertim secreta familiae in causis matrimonialibus (30).

Denique si utilitas subsit, ut causa viris doctis innotescat, publicatio illius tectis nominibus fieri potest. Negari vero vix potest, in huiusmodi causis publicandis per folia periodica forte interdum maiorem desiderari prudentiam, neque exaggerandam esse utilitatem illam pro sensu imprudenti; secundum *leges* enim a iudicibus sunt controversiae definiendae, non secundum praecedentes decisiones aliorum tribunalium (31).

## § 2. DE COGNITIONE (32) IUDICIS.

### I. De obiecto cognitionis iudicis.

355. Iudex ecclesiasticus, postquam ipsius officium sive per actionem legitime intentatam sive per accusationem privatam vel publicam aut per denuntiationem famamque publicam imploratum est, admissa causa, in primis procedat ne-

(30) S. C. de Prop. Fide Instr. de iud. eccl. circa caus. matr. §§ 12. 21. (Conc. Baltim. Ill. p. 264. sq.), ubi de secreto imponendo et actis non tradendis ante processum publicationem, excepto defensore vinculi, agitur.

(31) *Schulte*, Eheproc. § 30.

(32) Cognitio sensu stricto opponitur definitivae decisioni causae atque sententiae executioni. Nam cognitio iudicialis refertur ad cognoscendum ius et dirigendum processum, ut ita decisio causae sive sententia definitiva praeparetur per legitimam disceptationem. Quare cognitio iudicis non tantum versatur circa causam principalem, sed etiam circa quaestiones incidentes, quae aut sunt praeparatoriae iudicii aut sunt quaestiones praeiudiciales; excludit autem ipsam sententiam definitivam.

cesse est ad iudicalem disceptationem sive causae *cognitionem*. Quae ut ordinate et legitime fiat, iudici ecclesiastico gravissimum incumbit officium dirigendi tum negative tum positive universam proceduram (33), et ubi collegia existunt iudicium ecclesiasticorum, huiusmodi obligatio maxime erit penes praesidem collegii et in praeparatoria processus parte penes iudicem instructionis. Etenim non pauci actus iudiciales nonnisi a iudice singulari, non ab integro quodam collegio, convenienter perfici possunt (34).

356. Porro cognitio illa iudicis versatur tum de factis tum de iuris quaestionibus. Quare ipsius est omnia media legitima applicare (35), quibus ipse accuratam certamque facto-

(33) Non ex sola reconventione, de qua tit. 4. h. l., sed ex aliis quoque partium exceptionibus in eodem iudicio sive processu plures enasci possunt quaestiones a iudice examinandae et definiendae. Quare quo ordine illae causae sint examinandae et sententia lata definiendae, ut rite instituaturs processus canonicus, per ordinem iudicarium omnino est determinandum. Mirum igitur non est, quod *Bernardus Papiensis* in comp. l. propter materiae connexionem immediate post titulum 4. de mutuis petitionibus coram eodem iudice statim subiungat tit. 5. de ordine cognitionum. Quem morem alii quoque scriptores secuti sunt. Cfr. *Zech* l. c. de mutuis petit. et ord. cognit.; *Durantis* l. c. Ordo cognitionum sive, ut verbis utamur iuris Romani, « iudiciorum » (cfr. Cod. l. III. t. 8.), est modus et ordo, qui a iudice in examine complurium quaestionum, quae in eodem iudicio inter easdem personas concurrunt, servari debet.

(34) Cfr. praeclaram dispositionem cap. 2. de V. S. V. 11. in Clem., et *Briegleb* l. c. p. 58. sq. de dirigendo processu summario.

(35) Ex hoc sequitur teneri aliquando iudicem ad accessum seu recognitionem iudicalem faciendam, sive per se sive per aliquem iudicem delegatum, tunc scilicet quando aut ius ipsum hanc inspectionem requirit, aut eam necessariam ad veritatem cognoscendam iudex existimet. Imo aliquando necesse etiam erit, sive ex iuris praescripto sive ex iudicis persuasionem, peritos adhibere. Ad hanc autem inspectionem seu peritiam devenire proinde potest iudex sive ex officio sive ad instantiam partium; ipsiusque iudicis est peritos deligere vel etiam a partibus propositos acceptare. Periti autem huiusmodi non solum debent esse viri vere in arte periti, sed etiam tales, qui fidem mereri possint et proinde qui ex iuris norma a munere testium non excludantur. Quoad numerum peritorum notandum est, quod quamvis generatim unus peritus sufficiat, si fuerit peritus ex officio constitutus, aliquando tamen plures requiruntur, ut in causis matrimonialibus, in quibus aliquando duo periti adhibendi sunt, imo interdum tres. Cfr. Instr. Card. *Rauscher* § 174.; Instr. S. C. C. a. 1840. Periti huiusmodi iurati esse debent, sed si ab initio forte officii iuramentum emiserint, sufficit si ad illud remittantur, nisi ex praescripto iuris novum et speciale requiratur iuramentum. Si plures adhibeantur periti, iudicis est videre, an permittenda ipsis sit mutua consultatio, et an requirendum ut unusquisque suam relationem conficiat, aut omnes simul unicam relationem faciant. Attamen si quando ius expressis verbis praescribit distinctas

rum cognitionem acquirit (36). Qua cognitione habita de factis, antequam sententia iudicialis feratur, iuridicum quoque examen est praemittendum (37).

357. Ut cognitio iudicialis ordinate fiat citiusque absolvatur, iudicis quoque ecclesiastici est, non solum dirimere quaestiones, quae ad praeparatoria iudiciorum spectant, verum etiam quaestiones incidentes aut quaestiones praeiudiciales (38). Quae potestas iudicis non cessat, etiamsi alioquin super tali causa cognoscere non possit (39), nisi speciali iure de contrario cautum sit. Huiusmodi specialis dispositio in favorem fori ecclesiastici reperitur cap. 3. X. de ordine cognitionum II. 10; cap. 5. X. qui filii sint legit., eaque dispositio nequaquam nostra aetate dici potest carere practico momento. Usurpatio enim iurium ecclesiasticorum non est legitimus possessionis titulus et, ut fert paroemia iuris: Quod per centum annos fuit iniuria, non fit ius per unam horam.

relationes, aut mutuam illam consultationem excludit, iuris praescriptis standum est. Periti non sunt iudices, sed potius ad testes accedunt: hinc iudex eorum attestationem sequi non tenetur. Hinc si quis suicidium commisit, quamvis medici declarent ipsum fatuum fuisse, iudicium definitivum amentiae pertinet ad Ecclesiam seu ad iudicem, non ad medicum, qui est tantum peritus in arte.

Quod etiam in recentioribus Codicibus cavetur. Nam v. gr. Cod. proc. civ. Gall. art. 323. statuit: « Les juges ne sont point astreints à suivre l'avis des experts, si leur conviction s'y oppose » et in Cod. proc. civ. Ital. art 270.: « L'avviso dei periti non vincola l'autorità giudiziaria, la quale deve pronunziare secondo la propria convinzione ». — Inquisitionem autem peragere iudex potest, ut diximus, etiam per seipsum, non tamen peritiam, ut patet. Imo etiam ipsam inquisitionem aliquando per alios ex iuris praescripto perficere tenetur, ut ex. gr. in causis matrimonialibus de impotentia, quemadmodum praescribitur in Instr. S. C. C. a. 1840. Cfr. cap. 4. 14. X. de probat. II. 19.; cap. 6. X. de frigid. et malef. IV. 15.

(36) Cap. 10. X. de fide instr. II. 22. et cit. cap. 2. de V. S. in Clem.

(37) Cap. 16. X. de sent. et re iud. II. 27. cum parte decisa; *Durantis* l. c. lib. II. partic. 2. tit. de requisitione consilii.

(38) Cap. 1. 3. X. de ordine cognit. II. 10.; cap. 5. X. qui filii sint legit. IV. 17.; cap. 18. X. de rescr. I. 3.; cap. 38. X. de testib. II. 20.; L. 10. Cod. de iud. III. 1.; L. 1. Cod. de ord. iudic. III. 8. Huiusmodi causae praeparatoriae spectant ad ipsum processum sive ad formam procedendi; verum possunt etiam spectare ad rem connexam, sed non principalem, v. gr. an causa introducenda, sit causa martyris et ut talis proinde sit introducenda, an potius introducenda sit ut causa confessoris.

Sed etiam quoad formam procedendi causae quaedam possunt esse praeiudiciales, si quis absolute repellatur a iudicio, licet quoad rem nulla data sit decisio, v. gr. an iusto tempore appellaverit.

(39) L. 3. Cod. de iudic. III. 1.



**358.** Actio iudicis scopum principalem attingit *decisione* causae, quae duplici ratione fieri potest. Etenim iudex aut petitioni actoris obsecundat, id quod fit condemnatione rei sive accusati, aut admittit petitionem rei, per absolutionem illius ab actione, non a sola instantia, actorisque petitionem reiecit; nam actor ut actor numquam a iudice condemnatur (40).

**359.** Quodsi neutra pars contra sententiam latam in prima instantia appellavit aut forte appellare non potuit, iudex ecclesiasticus ad *executionem* sententiae procedit; si una ex partibus ad appellationem aut aliud iuris remedium legitime confugerit, iudex, ad quem causa delata est, causam denuo cognoscet atque sententiam ab inferiori tribunali latam aut *confirmabit* aut *infirmabit* aut *reformabit* (41). Denique a iudice competente revisio quoque sive *recognitio* vel retractatio causae iam iudicatae concedi potest (42), aut pronuntiari *declaratio nullitatis* sententiae (43), aut decerni *abolitio* (44).

## II. De forma cognitionis iudicis.

**360.** Cum iudicis sit, universam proceduram dirigere causamque dirimere, id fieri non potest sine ordinationibus vel mandatis. Quae ordinationes nomine generali “ decreta iudicis „ dicuntur. In iure Romano distinguuntur sententiae et interlocutiones (45), et in iure canonico iam accuratius secer-

(40) Cap. 18. X. de rescr. l. 3. et praesert. lib. II. tit. de sentent. et re iud. 27.

(41) Cfr. lib. II. tit. de appellationib. 28., tit. 30. de confirmatione utili vel inutili; lib. I. tit. de in integrum restitutione.

(42) Decret. S. C. Ep. et Regul. 18. Dec. 1835. art. 14.

(43) Cap. 1. de sent. II. 11. in Clem.; Instr. Prag. § 83.

(44) Bened. XIII. 5. Sept. 1724. in Anal. I. Pont. XI. 604. 217, 607. 218.; Droste l. c. p. 151. sq. Restitutioni in integrum in causis civilibus sive litigiosis respondet in causis criminalibus *reassumptio* processus, eo quod sententia laborat *nullitate* ratione *obiecti* sive materiae, non ratione *formae* substantialis non servatae, v. gr. si documentum, cui nititur sententia, *postea* appareat *falsificatum*. Cfr. Droste l. c. p. 150. 151.; S. C. C. 22. Maii 1875. in Act. S. Sed. vol. VIII. 614.

Cfr. de rescissione sententiae invalidae *Muenchen* l. c. I. p. 586. sq., ubi breviter exponit declarationem nullitatis eiusque originem.

(45) Cfr. rubr. tit. de re iud. et de effectu sententiarum et de interlocutionibus Dig. XLII. 1.; rubr. tit. de sententiis et interlocutionib. Cod. VII. 45. Sententiae ex iure canonico dicebantur illa *decreta*, quae erant *irrevocabilia* et immutabilia. Cfr. L. 7. Cod. comminationes etc. VII. 57.; L. 3. Cod. quomodo et quando VII. 43.; at praeterea L. 15. § 4. D. de re



nuntur "sententiae definitivae", quae immutari vel revocari a iudice non possunt (46), a sententiis interlocutoriis sive interlocutionibus (47), quae revocationi et immutationi erant obnoxiae (48), exceptis iis, quae dicebantur sententiae interlocutoriae "vim definitivae habentes" (49).

Praeterea decreta iudicis dividi possunt:

1. In decreta directiva processus, quae sunt *arctatoria*, si parti negligenti inde incommodum oriatur, aut *monitoria*, si huiusmodi incommodum neglecto decreto non habeatur, aut *communicativa*, si solummodo notitia quaedam partibus datur aut sunt merae resolutiones datae ad instantiam unius partis, ad quas altera pars non est necessario vocanda.

2. In decreta decisiva de meritis causae, quae si causam principalem dirimunt, dicuntur sententiae definitivae; si vero causa fuerit mere incidens et secundaria, vocantur sententiae interlocutoriae.

3. In decreta ordinatoria, condemnatoria, absolutoria vel reiectoria, quatenus iudex sua resolutione aut decreto petitioni partis vel actoris vel rei annuit aut resistit.

361. Decreta iudicis lingua in tribunalibus ecclesiasticis recepta scripto sunt consignanda nec sufficit, ut sententia sal-

iud. XLII. 1. – Interlocutiones neque irrevocabiles neque immutabiles fuerunt. Cfr. L. 36. Cod. de appell. VII. 62.; L. 38. D. de fideicommissariis libert. XL. 5. Quod autem sententiae fuerint irrevocabiles patet ex L. 1. Cod. sententiam VII. 50.; L. 2. Cod. de sent. ex periculo recit. VII. 44.; L. 3. Cod. comminationes etc. VII. 57.; L. 14. D. de re iud. XLII. 1.

(46) Cap. 10. 12. de appell. II. 15. in Sext.; cap. 60. X. de appell. II. 28.; Conc. Trid. Sess. XXIV. cap. 20. de ref.

(47) A Tanerredo l. c. sententia interlocutoria exemplis illustratur et dicitur "semiplena sententia", quae a iudice revocari possit iuxta constitutionem Innocentii III. in Conc. Later. IV. (a. 1215.) = cap. cit. 60. X. de appell.

(48) Tancred. l. c. P. IV. tit. 1. de sent. et interlocutionib. § 2.

(49) Terminologia illa "sententia interlocutoria vim definitivae habet", videtur esse introducta a iuristis italicis. Ita v. gr. Ioannes Andreae in Gloss. Inanes ad cap. 47. de elect. in Sext. dicit: "Confirmatio facta, vocatis iis, qui vocandi erant et cum causae cognitione, habet vim definitivae; hinc est quod revocari non potest". Cfr. quoque Gloss. Repulsione ad cap. 7. de appell. in Clem. Inde vero haec terminologia transit etiam in leges ecclesiasticas. Cfr. Conc. Trid. l. c. At iidem iuristae non omnino convenerunt in definiendis conditionibus, quibus positae habeatur sententia interlocutoria cum vi definitivae. Cfr. Ioann. Andr. l. c.; Baldus ad leg. 7. Cod. de sent. et interl. n. 3.: "Nota hac lege, quod interlocutoria sine causae cognitione numquam transit in rem iudicatam". At Maranta, Specul. P. VI. III. n. 42. sq.: "Quando interlocutoria habet vim definitivae, ex multis cognoscitur".

tem definitiva, viva tantum voce proferatur, aut solummodo in acta referatur (50); at pro sententiis vel decretis interlocutorii videtur omnino sufficere, ut in acta referantur (51).

Decreta iudicis constant introductione sive *rubro*, quo utraque pars litigans suis nominibus accurate describitur, indicata causae qualitate et occasione decreti. Mox sequitur *nigrum*, sive tenor sententiae, quae breviter, clare, digne est ferenda; at, ut motiva decisionis sententiae cum specie facti decreto praemittantur vel subiungantur, iure communi non est praescriptum (52); iure tamen particulari atque consuetudine recepta non raro huiusmodi praxis laudabilis est observanda (53).

(50) Cap. 11. X. de probat. II. 19.; cap. 5. de sent. et re iudic. II. 14. in Sext.; cap. 2. de V. S. V. 11. in Clem.; Instr. Card. Rauscher §§ 194. 195.; Gregor. XVI., Regol. § 281.

(51) Cfr. S. C. de Prop. Fide Instr. de iud. eccl. circa caus. matr. § 9. (Conc. Baltim. III. p. 263.). Imo si attendatur cap. 43. X. de testib. II. 20., in causis matrimonialibus videtur sententia viva voce fuisse prolata. At alia decreta praeter sententias *decisivas*, praesertim in processu summario, videntur etiam posse dari viva voce, dummodo illico actis inserantur. Cfr. *Renaud* l. c. p. 450., qui merito citat cap. 2. cit. ex Clem. Et sane citato cap. 5. II. 14. in Sext. expressis verbis tantum agitur de « definitiva sententia » et citato cap. 11. « interlocutiones » citantur inter ea, quae actis sint inserenda; ergo pro interlocutoriis videtur sufficere, ut actis inserantur.

(52) L. 59. pr. D. de re iudic. XLII. 1.; cap. 16. X. de sent. et re iud.; *Schulle* l. c. p. 55. putat convenienter primo sententiam poni, et secundo loco motiva. In recenti autem Lege propria Rotae dicitur tantum, sententiam rationes tam in facto quam in iure sub poena nullitatis continere debere; et in eius praxi contrarium adoptatum est, ut scilicet motiva praecedant sententiam seu partem sententiae dispositivam. Quotiescumque vero ratio competentiae non nititur iure communi, in decreto iudicis quo iuris titulo sit competens disertis verbis est commemorandum. Quare si iudex procedat vi solius delegationis Apostolicae, v. gr. in secunda vel tertia instantia, huius delegationis expressa commemoratio est facienda. *Schulle* l. c. p. 55. Cfr. Breve Pii IX. 28. Nov. 1856. ad Episc. Austr.: « Volumus autem atque mandamus, ut dictus Archiepiscopus in omnibus et singulis huiusmodi actis expressam et specificam mentionem faciat delegationis Apostolicae ». Cfr. etiam Breve Pii IX. ad Episc. Wratislav. apud Laemmer. Quod si negligentia in observando decreto iudicali certa habeat incommoda, v. gr. certi actus perimantur, huiusmodi negligentiae sequelae in decreto sunt pariter exprimendae. *Schulle* l. c. p. 55. In corpore iuris canonici non raro motiva decisionis saltem in parte decisa aut una cum facti specie in capitibus dantur. Cfr. v. gr. cap. 18. 22. X. de sent. et re iud. II. 27.

(53) Cfr. v. g. Gregor. XVI. Regol. giud. § 282.; Instr. Card. Rauscher § 194.; S. C. de Prop. Fide Instr. cit. § 24.: « Haec (i. e. sententia) in scriptis erit exaranda in eaque rationum momenta, quibus innititur, ex processu de prompta exponuntur, succincte quidem sed ita tamen ne quidpiam essenziale omittatur. Sententia subscriptione iudicis et Secretarii, nec

362. Decreta iudicis, ut vim iuridicam habeant suosque producant effectus, in forma legitima sunt *promulganda* et partibus insinuanda (54). Quae iure Romano (55) atque ex antiquo iure Decretalium (56) de recitatione sententiae definitivae *ex periculo* per ipsum iudicem (excepto Episcopo) sedentem, non stantem, sub poena nullitatis praescripta fuerant, haud parum immutata sunt iam cap. 2. de V. S. in Clem. (57) multoque magis contraria consuetudine, ut fatetur iam suo tempore *Devoti*, Instr. can. lib. III. tit. 14. § 7. (58).

Insinuatio decretorum iudicialium omnibus illis modis fieri potest, qui titulo de citatione sive de in ius vocando infra accuratius exponuntur (59).

363. Qui sint *effectus* decretorum iudicis legitime publicarum, si sententiae definitivae existant, eruendum est praesertim ex titulo de sententia et re iudicata. Quare hoc loco pauca solummodo insinuanda sunt de effectibus decretorum

non sigillo curiae episcopalis munita, partibus erit notificanda per curiae apparitorem, relicto iisdem illius exemplari, de quo in scripto fides erit facienda ».

(54) Quae decreta partibus tunc solummodo non essent insinuanda, si ratio adest propter quam ex iuris dispositione cognitio decreti in parte praesumitur. Porro requirebatur praesentia partium vel saltem illius partis, quae comparuerat, aut procuratorum partium.

(55) L. 1. 2. 3. Cod. de sentent. ex periculo recit. VII. 44. Periculum = tabella, libellus. Igitur ex periculo recitandis idem est ac de scripto recitandis. Alii legunt: ex breviculo.

(56) Cap. 5. de sent. II. 14. in Sext. simulque c. 8. C. II. q. 1.

(57) *Briegleb*. l. c. p. 64. sq.

(58) Cfr. quoque Instr. *Card. Rauscher* § 195. *Devoti* l. c. testatur his verbis de consuetudine Romana: « Sed iam ubique receptum est, ut iudicium sententiae per alios recitentur, imo apud nos a nemine sententia legitur, sed eam latam et publicatam notarius peculiari libro scribit eaque tunc incipit vim suam exercere ». Quare sententiae nunc scripto consignantur una cum subscriptionibus praesidis tribunalis (et iudicium, ut praescribitur in Instr. *Card. Rauscher* § 194.), et a Cancellario muniuntur sigillo, et partibus insinuantur. *Schulte* l. c. p. 56.; *Renaud* l. c. § 156. Et in Lege propria Rotae can. 32. idem fere praescribitur: « Subsignabitur (sententia) a Praeside turni et ab aliis Auditoribus, una cum aliquo ex notariis Sacrae Rotae ». Sive aliis verbis nostra aetate publicatio coeincidit cum insinuatione in forma legitima facta.

(59) Cfr. interim cap. 10. X. de dol. II. 14.; cap. 1. 5. X. de feriis II. 9.; cap. 1. de iud. II. 1. in Clem.; cap. unic. de foro comp. II. 2. in Clem. Decreta totidem copiis sunt conscribenda, quot sunt personae, quae liti interveniant, nisi unaquaeque pars communem habeat procuratorem, cui decreta insinuanda sunt. Et cum de decretis datis ex actis processus constare debeat, copia illorum actis est inserenda.

iudicialium, quae ad dirigendam proceduram referuntur et merae sunt interlocutiones. Quibus decretis, si valide in forma mandati legitimi data fuerunt, omnino est obediendum, ne videatur contemni iudex (60).<sup>1</sup>

Si pars sese tali decreto gravatam esse existimat, quamvis vera appellatio ad superiorem iudicem a sententia interlocutoria post Concilium Tridentinum non amplius locum habeat, nisi in casibus ibidem Sess. XXIV. cap. 20. de ref. expressis, tamen huiusmodi sententia vel simplici decreto iudex non impeditur quominus ipse ad instantiam vel querelam partis laesae decretum illud retractet, ut iure antiquo iam fuerat statutum (61).

### III. De ordine cognitionum iudicis.

364. Ordo cognitionum sive iudiciorum (62) est modus et ordo, qui a iudice in examine complurium quaestionum in eodem iudicio sive processu inter easdem personas concurrentium servari debet (63).

Causae, quarum ordo in una eademque cognitione (64) est determinandus, possunt esse:

(60) L. 11. § 4. D. de interrog. in iure XI. 1.; cap. 1. 2. 3. X. ut lite non cont. II. 6.; cap. 3. X. de dol. II. 14.; cap. 7. X. de appellat. II. 28. Et ratio est quia inobedientia auctoritas iudicis contemnitur. Contemnere autem auctoritatem publicam, qualis ea est, quae a iudice exercetur, in se est delictum et grave damnum infert ordini publico; nam societatis interest, ut iudicialis auctoritas magni habeatur, cum id sit fundamentum illius fiduciae publicae de recta iudicium agendi ratione, quae fiducia diminuitur, si vilipendatur.

(61) Cap. 60. X. de appell. II. 28. iunct. capiti 10. de appell. II. 13. in Sext.

(62) Cod. III. 8. de ord. iud.; Comp. I. lib. II. tit. 5. de ord. cognit.

(63) Cap. 5. X. de feriis II. 9.; *Devoti*, Inst. can. lib. III. tit. 11. § 1.

(64) Cfr. *Muenchen* I. c. I. p. 265. Fuerunt, qui *incidentes* eas causas dicerent, quae incident in ipsa lite, cuius gratia institutum est iudicium. Ita fere *Devoti* h. t. § 2. Sed haec definitio causae incidentis non videtur multum valere, quia est mera tautologia. Quare quaestiones incidentes non intelliguntur *praeiudiciales*, nec viam *parant* ad aliam quaestionem; sed intelliguntur causae cum principali causa *connexae*, in quas iudex competens non esset, si tanquam causae principales in iudicium adducerentur. Cfr. *Schmalzgr.* h. t. n. 8.; *Santi* h. t. n. 4. evidenter distinguit exceptionem praeiudicalem ab exceptione *peremptoria*. Prior dicitur « illa ex qua ita pendet haec altera causa, ut ex definitione primae quaestionis praeiudicium seu *damnum* pati possit; *peremptoria* exceptio ea est, quae si probeatur, cadit omnino causa *principalis*, cui obicitur ». At confere *Schmalzgr.* h. t. n. 3., qui illam causam tunc dicit *praeiudicare* alteri, si sententia lata



1. Praeparatoriae, quarum decisio causae decisionem faciliorem aut difficiliorem reddit aut ad aliud tribunal transfert.

2. Praejudiciales, a quarum decisione pendet definitiva sententia de tota controversia.

3. Incidentes sensu lato possunt dici omnes quaestiones secundariae, quae inchoata discussione quaestionis principalis emergunt, at sensu stricto praesertim intelliguntur illae cum causa principali connexae, in quas iudex alias competens non esset, si tamquam causae principales proponerentur.

4. Maiores et minores pro ratione dignitatis et gravitatis.

365. Ex duabus vel compluribus quaestionibus, e quibus una ad cognitionem alterius viam parat, aut illam impedit, aut ad aliud tribunal causam transfert, quaestio illa praeparatoria prius est cognoscenda, v. g. causa possessionis ante causam proprietatis (65).

Ex duabus causis ad iudicium deductis illa prius discutienda est, a qua altera ita pendet, ut lata in ea sententia absolutoria altera quaestio absorbeatur et perimatur, unde proprie dicitur causa peremptoria vel praejudicialis. Quod procedit sive illae causae ab uno sive a diversis sive agendo sive excipiendo proponuntur. Hinc v. g. si mulier repetat coniugem et oriatur quaestio de valore matrimonii, haec ultima quaestio, utpote praejudicialis priori, primo loco est solvenda (66).

in una pariat exceptionem rei *iudicatae* in altera. Verum haec divisio et definitio trium illarum specierum videri forte non immerito potest non nimia claritate se commendare. Ita v. gr. *Devoti* l. c. § 3. inter quaestiones *praejudiciales* enumerat exceptionem de excommunicatione contra actorem; at *Leuren* hanc causam excommunicationis *praeparatoriis* accenset, et recte: quia litis et causae controversae definitio ab hac exceptione non pendet, sed efficit tantum *dilationem* processus iudicialis; item idem auctor recenset inter quaestiones principales exceptionem de clericatu; sed si clericus *crimen* obicitur, haec quaestio per exceptionem clericatus non dirimitur, sed spectat ad *modum procedendi* seu ad competentiam iudicis. Alia exempla, quae deinde affert, sunt ad rem, v. gr. exceptio de natalibus ad dirimendam quaestionem de haereditate, exceptio de impedimento dirimenti ad diiudicandum valorem matrimonii.

(65) L. 13. Cod. de rei vind. III. 32.; L. 3. Cod. de interd. VIII. 1.; L. 35. Dig. de acquir. et am. poss. XLI. 2.; praeterea cfr. cap. 19. X. de iudic. II. 1.; cap. 12. de sent. excom. V. 11. in Sext.; *Leuren* h. t. q. 309.; *Schmalzgr.* h. t. n. 2. Item si contra actorem proponitur exceptio excommunicationis, prius de excommunicatione pronuntiandum est, quia excommunicatio actorem facit inhabilem ad agendum. Item si reus excipiat, se esse clericum, prius de clericatu a competente iudice ferenda est sententia. Cfr. cap. 12. de sent. excomm. V. 11. in Sext.; *Schmalzgr.* h. t. n. 2.

(66) Cap. 1. X. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 3.



366. Cognitio causae *maioris* praemittenda est cognitioni causae *minoris*, nisi causa minor sit praeiudicialis (67). Inde fit, ut si quis v. g. petat fundum et simul servitutem viae, qua ad illum fundum accedere possit, prius de fundo est agendum (68). Quodsi causa civilis concurrat cum causa criminali et utraque causa principaliter moveatur, praefenda est causa criminalis causae civili, quoniam quaestio criminalis ordinarie est maioris periculi et praeiudicii; secus dicendum, si quaestio criminalis sit mere incidens aut pendeat a civili (69). Multo magis causa spiritualis praecedit temporali (70).

Quodsi utraque causa sit *aequalis* et principaliter proponatur neque una pendeat ab altera, causa prius proposita prius cognosci et terminari debet (71).

367. Cognitio et definitio causae *incidentis*, in quam iudex alias non esset competens, spectat ad iudicem causae principalis, si capax sit iurisdictionis ad illam causam incidentem (72); si vero sit incapax, velut iudex saecularis in causis spiritualibus, suspendere debet causae principalis cognitionem, donec quaestio a iudice competente de causa incidente definita fuerit (73).

368. *Scholion.* Ex variis quaestionibus hoc titulo propositis specialem quandam mentionem meretur ius capite 2. X. h. t. constitutum. Etenim si reus, conventus ab actore super spolio, vicissim spoliationem obiiciat, et per modum *actionis* reconveniat actorem super alia spoliatione sibi per eum illata, et novam propriamque litem intentet, duae illae quaestiones principales, i. e. actio et reconventio, simul tractandae et finiendae sunt, attamen cum praerogativa actoris, utpote prius ad iudicium provocantis.

Ubi vero spoliatio a reo obiecta fuit per modum *exceptionis* ad excludendum vel retardandum processum iudiciarium, prius audiendus est reus et de hac exceptione spoli ab actore commissi cognoscendum, eaque probata reus non prius co-

(67) L. 54. D. de iud. V. 1.

(68) L. 16. D. de except. XLIV. 1.

(69) L. 3. Cod. h. t.; L. 1. Cod. de appell. VII. 62.

(70) *Leuren* h. t. q. 309.; *Devoti* l. c. § 5.

(71) L. 29. D. de iud. V. 1.

(72) L. 3. Cod. de iud. III. 1.; L. 1. Cod. de ord. iud. III. 8.; cap. 3. de don. IV. 20.

(73) Cap. 3. X. h. t.; cap. 5. 7. X. qui filii sint legit. IV. 17.; *Leuren* h. t. q. 313.; *Schmalzgr.* h. t. n. 10.; *Pirhing* h. t. n. 13. sq.

gitur respondere quam facta sibi restitutione; nequaquam tamen actor absolute ad restitutionem condemnandus est, sed tamen conditionate, scilicet si audiri velit et causam prosequi (74).

### § 3. DE RELATIONIBUS SIVE ROGATIONIBUS PARTIUM.

369. Iudex ecclesiasticus, nisi ex officio procedat, actione actoris ad cognitionem iudiciale[m] excitandus est, atque ut causa legitime inchoata progrediatur, maxime si strictus processus accusationis servetur et ad instantiam partium procedatur, multis et continuis rogationibus et petitis litigatorum legitime factis opus est. Quae positivae petitiones vel actiones partium, si forte omittantur aut non fiant in forma legitima, illud incommodum habent adiunctum, ut certi iuris effectus non obtineantur, v. g. si intra decendum non interponatur appellatio.

370. Quamvis finis omnis actionis partium sit aut *aggressio* aut *defensio*, tamen ut aggressio vel defensio locum habere possit, non paucae requiruntur actiones *praeparatoriae*, quibus constet omnia adesse praevia requisita ad disceptationem iudicalem. Inter haec potissimum commemoranda est *legitimatio* ad causam tum passiva (75) tum activa.

371. Praeterea petita partium sunt aut petita *principalia*, a quibus decisio ipsa causae definitivae dependet, aut tantum *secundaria*, quae illo effectu carent, v. g. si petatur mera dilatio termini (76). Denique ratione numeri saltem duae sunt rogationes partium, scilicet aggressio sive actio ex parte actoris et responsio ex parte rei, nisi is respondere per contumaciam negligat. At ut plurimum una actione atque responsione res non absolvitur, sed responsioni rei actor suam opponit *replicationem*, quam denuo sequitur *duplicatio* rei, et si actor confugiat ad *triplicationem*, reo non est neganda *quadruplicatio*, cum utraque pars aequali ratione sit audienda et reo ultima semper responsio competat.

(74) Cap. 2. 4. X. h. t.; Leuren h. t. q. 312.; Schmalzgr. h. t. n. 15. sq.; Pirhing h. t. n. 6. sq.

(75) Cfr. v. g. Gregor. XVI., Regul. giud. §§ 400. sq., 468. sq.

(76) Petita principalia sunt omnes actiones principales aggressionis et defensionis. Non raro una eademque actio partium est simul actio principalis et actio secundaria. Ita v. gr. reconventio in processu principali est actio secundaria, at pro processu accedente est actio principalis. Cfr. cap. 1. de litis contest. II. 3. in Sext.: "Exceptionis peremptoriae seu defensionis cuiuslibet principalis cognitionem negotii contingentis...."

372. Cum actus partium, finitis quaestionibus praeparatoriis, essentialiter referantur ad aggressionem aut ad defensionem, imprimis petitio actoris constare debet aliquo facto, non mera negatione (77), una cum iuris fundamento (78) et conclusione inde deducta, quae proprie dictum petitum exhibet. Cui petitioni reus aut suam opponit simplicem negationem, sive facti sive iuris, forte etiam rationibus additis, aut nova ipse allegat facta et iuris fundamenta, ex quibus conclusionem deducit actionem actoris omnino elidentem (79).

373. Partes ut forma legitima sua petita proponant, illa exhibere possunt aut viva voce coram tribunali in processu summario continuo actis inserenda (80), aut per propriam scripturam a litigatore vel eius legitimo procuratore subscriptam (81).

Quamvis usus linguae latinae in foro ecclesiastico sapienti consilio sit receptus, nullo iure communi cautum est, omnes et singulas allegationes vel petitiones per partes earumque adiutores lingua latina esse proponendas, salvo exceptionibus iure speciali constitutis (82). Quare nihil obstat, quominus in

(77) Sola *negatio* facti, v. gr. se in matrimonium non consensisse, non sufficit ad *actionem* instituendam, sed alia facta positiva accedere debent, v. gr. se non consensisse propter *minas graves et iniustas*. Nam sola negatione iura non *acquiruntur*: at sola negatione potest impediri amissio iuris *quaesiti*, nam pro iure semel *quaesito* stat praesumptio et aggressoris est *probare*, ideoque sufficit opponere *negationem*.

(78) Cum iura noscat Curia, fundamentum *legale* non est necessario exprimendum, imo si *falsa* lex citata esset, iudex posset et deberet talem errorem corrigere.

(79) Ita v. gr. actor proponit celebrata esse sponsalia *valida* et inde ope iuris deducit conclusionem aut matrimonium esse celebrandum aut compensationem esse concedendam. Altera pars opponit simplicem negationem *facti* allegati ab actore; — aut tenet impossibilitatem iuridicam facti, eo quod inter actorem et reum fuerit illo tempore impedimentum *dirimens*; quare etsi sponsalia fuissent attentata, valida tamen non exstitissent, sed ex solis sponsalibus validis oritur illud ius; — aut concedit *factum*, sed allegat facta nova (v. gr. turpem vitam sponsae), quibus probet se legitime recedere posse ab obligatione suscepta; — aut non negat factum, sed monet sponsalibus quoad *executionem* illam clausulam fuisse *adiunctam*, ut matrimonium tunc solum esset celebrandum, cum sponsus capax esset, obtemperando forte aliquo officio, sustentandae familiae.

(80) Cap. 2. de V. S. V. 11. in Clem.

(81) Cap. 1. X. de libelli obl. II. 3. Instr. Card. Rauscher § 222.; Gregor. XVI., Regul. giud. § 421. 480. sq.; Zech l. c. tit. 13. de libelli oblat. § 167.

(82) Greg. XVI., Regul. giud. § 281. — Cfr. Editto Card. Gamberini § 277: « Ogni procuratore è responsabile delle difese che avrà esibite, ab-

tribunalibus ecclesiasticis disceptentur causae in lingua vulgari. Quodsi proferantur scripturae lingua iudicibus ignota, aut pars forte linguam iudicalem regionis non calleat, ad interpretes legitime constitutos vel constituendos est recurrendum (83).

374. In partitionibus sive relationibus partium pariter distinguendum est *rubrum* et *nigrum*. In illo exprimuntur species actus iudicialis (v. g. actio sive responsio), nomina partium cum domicilio (N. N. actoris; N. N. rei; N. N. contra N. N.); res controversa (nullitas matrimonii propter impedimentum vis et metus), numerus actorum, documenta forte adiuncta (84). In nigro vero, primo loco ponitur allocutio iudicis vel tribunalis ecclesiastici, dein sequitur accurata species facti, in fine sequuntur petita cum fundamentis ex iure depromptis, denique subiungitur datum cum subscriptione partis vel legitimi procuratoris (85).

375. Effectus principalis actuum partium, saltem ex intentione litigatorum, is est, ut iudici persuadeant, vera esse facta, quae in actionibus et responsionibus allegantur, et legitimas conclusiones ex illis deductas. Quam persuasionem, si iudex ex relationibus obtinere nequit, ad probationem ex iudicis mandato est procedendum. Porro generatim est admittendum principium, actus partium valere tantum in illo processu, quo positi fuerunt, neque in alio processu inter alias personas adhiberi posse, neque contra partem prioris processus in nova

benchè siano fatte e sottoscritte *dalle parti o dai loro avvocati*. Le difese, siano stampate siano manoscritte, dovranno *sempre* essere firmate dal procuratore sull'esemplare che serve di originale ». At si procurator « ad litem » debet exhibere suum mandatum *speciale* datum a parte, videtur sufficere subscriptio *procuratoris*. Cfr. etiam Greg. XVI., Regol. § 471. « Non potrà introdursi alcuna dimanda a nome di un agente o mandatario generale o speciale » salva exceptione § 469. quoad personas et corpora, quae earent libero exercitio suorum iurium et debent esse repraesentata per alios in iudicio. Porro quod *duplici* copia sint exhibenda, non est praescriptum; at usu generali id videtur esse receptum; et praeterea alteri parti, si id desideret, copia est tradenda, quae copia nisi tribunali tradita sit, expensis partis, quae scripturam obtulit, est facienda.

(83) Leon. XIII. decret. 8 April. 1889. de traductoribus processuum in caus. beatif. vel canon., qui in lingua vernacula fuerunt exarati.

(84) *Zech* l. c. § 167.

(85) Quoad titulos et urbanitatis signa servandus est stylus receptus, sed ab adulationibus est abstinendum, atque similiter propter omissos sedulosos urbanitatis supplicatio quaedam reiici non potest a iudice, nisi illa omissio contineat verum contemptum iudicis.

causa, nisi agatur de casibus a iure exceptis. Ita v. g. litigator nequit postea negare cum iuramento, quod antea confessus fuerat (86), neque scripturam impugnare, quam ante in suum favorem allegarat, neque si testibus usus sit, iidemque testes adversus eum in *alia* lite producantur, non licet ei contra personas eorum excipere, nisi ostendat novas emersisse suspicionis causas v. g. inimicitias; at non adimitur ei licentia ex *ipsis depositionibus* testimonium eorum arguere aut liquidis probationibus datione vel promissione pecuniarum eos corruptos esse ostendere (87).

(86) L. 13. Cod. de non num. IV. 30.; cap. 10. X de prob. II. 19.

(87) L. 17. Cod. de testib. IV. 20.; *Schulte*, Eheproc. § 25.



## SECTIO II.

### DE INTRODUCTIONE CAUSAE.

## TITULUS XVI.

### DE ACTIONIBUS ET LIBELLI OBLATIONE (1).

(*Lib. II. tit. 3. de libelli oblatione*).

**376. Fontes:** Inst. IV. 6. de actionibus, 8. de noxal. actionib., 12. de perpet. et temporal. actionib. et quae ad haeredes et in haeredes transeunt; Dig. II. 4. de in ius vocando; Cod. II. 2. de in ius vocando; Novell. 112. cap. 2.; Novell. 53. cap. 2. — c. 6. Dist. 81.; C. II. q. 8. cum canonib. Pseudoisid. — Cpl. I. lib. II. tit. 3. de lib. obl. — Decretal. Gregor. IX. lib. II. tit. 3. eod.; cap. 2. de V. S. V. 11. in Clem. — Instr. S. C. Ep. et Reg. 11. Iun. 1880. art. 11.; Act. S. Sed. vol. XXIV. p. 449. sq. caus. agitata coram S. C. C. 12. Dec. 1891. de introductione causae atque aliis quaestionibus process. in materia civili pecuniaria.

**Scriptores:** Commentatores iur. Rom. in cit. tit.; *Arndts-Serafini* l. c. § 96. sq.; *Vering*, Gesch. u. Pand. § 114. sq.; *Van Weller* l. c. § 96. sq.; *Accarias* l. c. n. 740. sq. 790. sq.; *Keller* l. c. §§ 12.-46. 87. sq. — Commentatores iur. Decretal. in h. t. — *Zech* l. c. P. I. tit. 13. de supplicatione pro impetrando processu et libelli obl.; *Devoti*, Inst. can. lib. III. tit. 5.; *Pillius* l. c. P. I. §§ 1.-9. (2); *Tancred.* l. c. P. II. tit. 2. iudicium qualiter adeatur, tit. 7. de criminib. et qualiter contra criminosos agatur, tit. 8. de libello accusationis in causis criminal. tit. 9.-13. incl., ubi agit de aliis libell.; *Gratia* l. c. P. I. tit. 3. de iudice adeundo; *Durantis* l. c. lib. II. part. 1. tit. de actione seu petitione, tit. de competentis iudicis aditione, tit. de rescripti praesentatione, tit. de libelli oblatione; lib. III. part. 1. tit. de accusatione; lib. IV. part. 1. tit. de libellor. conceptione; *Ioann. Urbach* l. c. P. I.; cap. 8. qualiter actor se habere debeat adeundo iudicem, cap. 20. de libelli obl., cap. 21. divisio actionum; *Muenchen* l. c. I. p. 90. sq. p. 252. sq.; *Bouix*, De iud. eccl. II. p. 142. sq. p. 494. sq.; *Droste* l. c. p. 107. sq.; *Schulte*, Eheproc. §§ 21. 31.; *Muechel* l. c. p. 19. sq. — *Kellner* l. c. p. 125. sq. — *Ponsius* l. c. p. 100. sq.; *Lega* l. c. I. 165. sq.; *Chiovenda*, Nuovi saggi di diritto proc. civ. II. Nuovo contributo alla dottrina dell'azione. Dell'azione nascente dal contratto preliminare. Napoli, 1912.

### Praenotiones.

**377. Connexio materiae.** Frustra tentata amicabili compositione (3), omnis disceptatio iudicialis inchoanda est ab actore

(1) *Actio* et *libelli oblatio* distinguuntur in rubrica, quia potest institui actio sine libelli oblatione, v. gr. in processu summario. Praeterea libelli oblatio est *forma* introducendi *actionem*.

(2) *Pillius* qui est - legum doctor - l. c. § 8. ea exponit quae iure *poli in ecclesiasticis* actionibus mutata sunt.

(3) Amicabilis illa compositio potest fieri per *transactionem* aut per *ar-*

per actionem sive petitionem coram iudice competente propositam (4). Id quod fit, si ordo iudiciarius solemniter observatur, per libelli oblationem; si summarie proceditur, etiam per verba, actis tamen iudicialibus continuo inserenda (5).

**378. Definitio.** I. Actio non raro idem est ac ius agendi. Quo sensu definitur pr. Inst. h. t. 6. "Actio autem nihil aliud est quam ius persequendi iudicio, quod sibi debetur." (6). Praeterea actio, ut ipsa vox iam insinuat, significat usum illius iuris agendi sive actum, quo quis in iudicio ius sibi debitum

*bitos.* Quod si nulla ratione ius suum, i. e. id quod *suum est* aut *sibi debetur*, quis consequi potest, tandem aliquando iudicem adire debet. Nam nemo vim adhibere sibi ius dicere potest, si iudex, qui causam cognoscat et dirimat, potest adiri.

(4) At etiamsi quis iudicem adeat, nequaquam necessario illico via processus iudicarii est arripienda, si intentum aliter a iudice quis consequi potest, v. gr. *supplicando pro mandato* vel ut reus *citetur ad audientiam*. Mandata autem sunt praecepta iudicis, quibus reum inauditum aliquid facere vel omittere iubet. Porro aliqua mandata dantur "cum clausula", quae parti contra quam mandata expediuntur, potestatem relinquunt, si se gravatam existimat, exponendi causas in termino praefixo, cur parere non debeat.

Mandata "sine clausula" dicuntur illa, quae parti iniungunt absolute executionem sub certa poena, non admissa facultate vel exceptione in termino praefixo exponendi causas non obediendi. Huiusmodi mandata supponunt *factum*, quod nullo modo iustificari potest et de cuius existentia iudici plena fides facta est. At talia mandata tacitam habent clausulam: "si preces veritate nitantur", ideoque non excludunt exceptionem obreptionis vel subreptionis. *Factum* praeterea tale supponunt, quod *magni momenti* sit, et quod eelerem opem exigit; secus enim non licet iudicem ab executione inchoare. Cfr. *Zallinger* l. c. h. t. §. 88.

Si causa qualitates necessarias non habet "ad mandatum", actor tamen putat se sine magno molimine causam suam posse probare, reus citatur "ad audientiam", ubi causa summarie cognoscitur, et si de causae iustitia statim constat, per sententiam terminatur, aut suadetur transactio; secus ad processum formalem amandantur partes. Cfr. *Zallinger* h. t. §. 89. et etiam de tota hac materia *Muenchen* l. c. I. p. 361. 362.; *Pirhing* l. II. tit. 12. n. 23.; *Zeck* l. c. tit. 13.

(5) Cap. 2. de V. S. V. 11. in *Clement.*; *Zallinger* h. t. §. 76.

(6) Cfr. quoque L. 178. §§ 2. 3. D. de V. S. L. 16. Qua in definitione patet verbum "debetur" improprie et late poni, quatenus denotat actionem *realem*. Nam adversus eum qui nobis *obligatus est* sive *debet*, proprie dicimur agere; petitorium autem proprie dicitur, cum quod *nostrum est*, nobis restitui petimus. Cfr. *Zeck* l. c. §. 161. h. t. Etiam *Zallinger* l. c. §. 77. h. t. recte monet: "Sed haec definitio ex verbis et mente legum explicanda vel ad strictissimam tantum actionis significationem restringenda est". Cfr. etiam L. cit. 178. §. 3.: "Hoc verbum *debet* omnem omnino actionem comprehendere intelligitur". Scilicet vox *debet* refertur ad obligationem ideoque denotat ius agendi in personam.

contra determinatum adversarium persequitur. Qua ratione verbum actionis latissima significatione comprehendit omnem persecutionem iudicalem, non tantum civilem sive contentiosam, sed etiam criminalem, quae proprie accusatio dicitur; late vero sumitur pro omni persecutione civili, tam in rem quam in personam; stricte denique ad solam persecutionem in personam refertur. Hoc titulo actio late accipitur, ut sola excludatur persecutio criminalis ad vindictam publicam, de qua ex professo lib. V. tit. 1. de accusationibus disputatur (7).

II. Libellus dicitur brevis scriptura, in qua species facti, fundamentum iuris, petitum actoris clare distincteque iudici exhibentur (8). Sensu lato nomen libelli extenditur etiam ad actionem in iudicio ore prolatam et ad protocollum dictatam (9). Quare libellus nihil aliud est quam propositio actionis intentatae in scriptis facta.

379. Divisio. I. Actiones multiplici ratione dividuntur pro multiplicitate causarum, ex quibus proxime oriuntur. Sunt enim:

1. Actiones in *personam*, quae oriuntur ex iure ad rem sive ex obligatione alterius (actiones, conductiones), et actiones in *rem*, quae nituntur iure in re (petitiones, vindicationes) (10).

(7) Zallinger h. t. § 77.; Zech 1. c. § 161.; Arndts-Serafini 1. c. § 96.

(8) L. 27. Dig. de excep. rei iud. XLIV. 2.; cap. 3. i. f. de sent. II. 14. in Sext.

(9) Zech 1. c. § 158.

(10) Cfr. § 1. Inst. de act. IV. 6.; L. 178. § 2. D. de V. S.; cap. 3. de sent. II. 14. in Sext. Actiones personales etiam simpliciter dicuntur *actiones* vel *conductiones*, sicut actiones in rem *petitiones* vel *vindicationes*.

Sub actione in rem comprehenduntur etiam actiones praeciudiciales (Inst. Iust. § 13. h. t.), « per quas quaeritur an aliquis liber vel libertus sit, vel de partu cognoscendo », i. e. proxime et directe non agitur de actione in rem sed de facto comprobando, ex quo postea actiones in rem deduci possunt, v. gr. num quis sit filius talis viri et num sit eius filius legitimus. Cfr. Arndts 1. c. § 97. et ibid. not. 4. et 5.

Actio in personam tantum potest intendi contra determinatam personam quae obligata est, at actio in rem institui potest contra qualemcumque qui me *turbat* in iure in re; hinc actio quoque praeciudicialis institui potest contra quemcumque qui illud *factum* impugnet, v. gr. me esse legitimum filium talis patris, eo fine v. gr. ut me privet haereditate. Cfr. Arndts 1. c.

Porro actiones quaedam personales similitudinem quandam habent cum actionibus in rem, quatenus non limitantur ad determinatam personam tantum, sed contra omnem personam moveri possunt, quae in determinatis relationibus, v. gr. in possessione rei, succedunt, et a nonnullis legibus orta est terminologia generalis - actio in rem scripta -. L. 9. § 8. D. IV. 2.; L. 1. § 3. D. XLIII. 1.; Arndts 1. c. not. 6.

Cfr. de variis differentiis inter actiones in rem et in personam Vering 1. c. § 114. p. 224., v. gr. quando actio sit nata vel nondum nata.

2. Actiones *rei persecutoriae*, sive *rei persequendae* causa comparatae, et actiones *poenales*, sive *poenae* persequendae causa comparatae, et actiones *mixtae*, sive tam *rei* quam *poenae* persequendae causa comparatae. Huiusmodi actiones destinantur ad resarciendas laesiones honorum temporalium, quarum scopus, si sola est indemnitas actoris, *rei persecutoriiis* adnumerantur; si ultra indemnitatem, in poenam laesionis postulatur duplum vel triplum vel quadruplum rei debitaе, *poenales* dicuntur; si quis et rem sibi debitam et poenam postulat, *mixta* actio instituetur (11).

3. Actiones *simplices*, in quibus unus litigator tantum actoris partes sustinet, alter solius rei, atque *duplices*, in quibus uterque est actor, et rei et actoris partes sustinet ideoque etiam mixtae dicuntur (*reconventiones*) (12). Ab hac divisione distinguenda est illa, qua actiones aliae dicuntur *directae*, aliae vero *contrariae* (13).

4. Actiones *privatae* et *populares* vel publicae. Illae intentantur ab eo, cuius ius proprium et privatum laesum fuerat, aliae vero unicuique civi erant permissae in casibus a iure determinatis, ad tuendum ius populi sive interesse publicum, etiamsi actoris ius privatum reus non violasset (14). Quae actiones populares, licet nostra aetate in foro saeculari non amplius vigeant, tamen in foro ecclesiastico quoad causas matrimoniales haec divisio est attendenda (15).

5. Actiones *perpetuae* et *temporales* (16).

(11) L. 22. § 3. Cod. de furt. VI. 2.; §§ 16. sq. Inst. IV. 6.

(12) L. 37. § 1. D. de O. et A. XLIV. 7.

(13) L. 17. § 1. L. 18. § 4. D. commodati vel contra XIII. 6.; Rubr. tit. D. de pignoratitia actione vel contra XIII. 7. In certis relationibus iuridicis directe et principaliter una tantum pars sive persona est obligata, contra quam propterea directe actio dicitur concessa, licet ex eadem relatione pro altera quoque parte oriatur ius, quod « actione contraria » persequi quis potest.

(14) Dig. XLVI. 23. de popularib. actionibus. Qui actione populari conventus fuerat, procuratorem nominare potuit; is autem, qui actionem popularem movit, procuratorem dare non potuit. L. 5. D. XLVII. 23.

Mulieribus et pupillis actiones populares non dabantur, nisi cum ad eos res pertineret. L. 6. l. c.

Omnes actiones populares neque in haeredes dabantur neque ultra annum extendebantur. L. 8. l. c.

Popularis actio tantum « integrae personae » erat permissa, hoc est cui per edictum postulare licebat.

(15) Lib. IV. tit. 18. qui matr. accus. poss.; Instr. Card. Rauscher § 115. sq.

(16) Praeterea in iure Romano aliae quoque actiones commemorantur,



### 380. II. Libellus dividitur:

1. More antiquorum canonistarum, in *simplicem* sive summarium, in quo continua orationis serie petitio actoris proponitur, et in *articulatum* in quo causa per articulos exponitur.

2. In *conventionalem* sive civilem, qui actionem civilem sive contentiosam vel litigiosam continet, et in *criminalem* sive accusatorium, quo quis accusatur ob delictum (17).

3. Ratione rei contentae in libello distinguitur: narratio facti, medium concludendi, petitum.

**381. Notae historicae.** Primis saeculis, quatenus argumentis negativis et ex silentio petitis est fidendum, accusatio viva voce in tribunalibus ecclesiasticis (18) videtur esse facta. Sane in causa Pauli Samosatani a Conc. Antiocheno a. 269. discussa et definita (19), et in epistolis S. Cypriani libellus quidam accusatorius non occurrit (20). At initio saeculi quarti Donatistae contra Caecilianum, Archiepiscopum Carthaginensem. Imperatori Constantino libellos accusatorios obtulerunt (21). Idem accidit in Concilio Tyrensi a. 335., in quo Episcopi aegyptiaci

quae nostra aetate ut plurimum non nisi historicum momentum habent et practica utilitate carent. Ita v. g. pro diversitate fontis sive iuris distinguebantur actiones *civiles* sive legitimae atque *honorariae* vel praetoriae vel aediliciae (cfr. § 3. Inst. IV. 6.), porro *directae*, *utiles*, in *factum*, deinde actiones sensu strictiori, sive *ordinariae* sive *extraordinariae*, et *interdicta*, denique actiones *stricti iuris* sive stricti iudicii et actiones *bonae fidei* et actiones arbitrarie. Cfr. *Arndts-Serafini* l. c. § 100.; *Keller* l. c. § 88. sq.; *Van Wetter* l. c.; *Vering* l. c. Cfr. Inst. IV. 12. de perpet. et temp. act.; D. XLIV. 3. de div. temp.; Cod. VII. 33.-40. De causis matrimonialibus consuli potest cap. 21. X. de spons. IV. 1., et de profess. religiosa Bened. XIV. Const. „*Si datam*“. *Zallinger* h. t. § 78. not. a., de notitia actionum etiam in foro ecclesiastico perquam necessaria.

(17) Instr. S. C. Ep. et Reg. 11. Iun. 1880. art. 11.; *Durantis* l. c. lib. IV. part. 1. tit. de libellor. concept. § Species; *Muenchen* l. c. I. p. 382. sq.

(18) Apud Romanos iure antiquissimo nequaquam immediate penes magistratum actio sive petitio per proprium libellum proponebatur, sed denuntiatio litis reo facta est privata testatione actoris et inde a tempore Constantini M. per declarationem ad acta apud magistratum, qui ius actorum conficiendorum habuit. Denique legibus Iustiniani statutum est, ut actio iudicialis initium sumeret ab oblatione libelli conventionis magistratui facta. Cfr. Novell. 112. cap. 2.; *Vering*, *Gesch. u. Pand.* §§ 122. 123.; *Waller*, *Gesch. d. roem. Rechts* § 744. Ab antiquissima illa praxi Romanorum, primo privatim reo denunciandi litem, etiam populi germanici ab initio non fuerunt alieni. Cfr. *Walter*, *Deut. Rechtsgesch.* § 676.

(19) *Hefele*, *Conciliengesch.* I. p. 139.

(20) *Kellner* l. c. p. 126.

(21) *Hefele* l. c. p. 198.



scriptam accusationem contra Eusebianos Synodo porrexerunt (22). Inde vero a saeculo quinto oblatio libelli iam est certa stabilisque forma in iudiciis ecclesiasticis, saltem moribus et consuetudine recepta (23).

Cuius rei evidentissimum argumentum reperitur in parte decisa cap. 1. X. h. t., ubi in Concilio Suessionensi a. 853 (24), Hincmarus Episcopus requirit "libellum postulationis, sicut ecclesiastica se habet traditio". Qui canon Concilii Suessionensis in collectiones Burchardi, Ivonis, Bernardi Papiensis et ipsius Gregorii IX. translatus est, et in subsequentibus collectionibus non iam existit proprius quidam titulus de libelli oblatione (25). Cuius omissionis h. t. ea quoque ratio assignari potest, quod in Clementinis cap. 2. de V. S. V. 11. oblatio libelli in processu summario non iam necessario requiratur, atque de stricta necessitate libelli vel in ipso processu solemnium apud scriptores medii aevi non omnino concors fuerit sententia (26).

#### § 1. DE NECESSITATE LIBELLI.

**382.** Iure canonico libelli oblatio coram iudice ordinario et delegato, sive civiliter sive criminaliter agitur, ordinarie in processu solemnium ita est de substantia, ut sine illo processus sive iudicium non subsistat (27). Quae necessitas libelli, cum non in solum favorem partium, sed etiam propter iudicem et utilitatem publicam introducta sit, mutuo partium consensu remitti non potest (28).

At libellus non requiritur in arbitrio, si reus consentiat, vel in causis processu summario definiendis (29), vel in notoriis (30), vel in causis appellationum, vel in processu inquisitionis et denuntiationis, et generatim ubi proceditur ex officio (31).

(22) *Hefele* l. c. p. 469.

(23) *Hefele* l. c. II. p. 91. 93. 94. 310.

(24) *Hefele* l. c. IV. p. 181.

(25) Cfr. tamen cap. 2. de litis contest. II. 3. in Sext.

(26) *Durantis* l. c. lib. IV. part. 1. tit. de libellor. conc. § Utrum.

(27) Cap. 1. X. h. t.; *Bouix*, De iud. eccl. II. p. 143.

(28) *Goffred. de Trano* h. t. n. 2.; *Hostiens.*, Summa h. t. n. 7.; *Durantis* l. c. lib. IV. part. 1. tit. de libellor. concept. § Utrum; *Schmalzgr.* h. t. n. 11. 12.; *Pirhing* h. t. n. 56.; *Muenchen* l. c. I. p. 253.; *Muechel* l. c. p. 23. 20.

(29) Cap. 2. de V. S. V. 11. in Clem.

(30) Cap. 21. X. de iureiur. II. 24.

(31) *Schmalzgr.* l. c.

## § 2. DE FORMA LIBELLI EIUSQUE QUALITATIBUS ET VITIIS.

## 383. Libellus in genere:

I. In *scriptis* est offerendus iudici (32), ut is melius instruat<sup>ur</sup> ad sententiam ferendam libello conformem, et reus deliberare possit, utrum cedere velit actoris petitioni, an ei resistere in iudicio (33).

II. *Brevis* sit oportet, quoniam quae necessaria et utilia sunt continere tantum debet (34).

III. *Ordinatus*, i. e. narrationem facti, medium petendi, conclusionem suo ordine referat.

IV. *Clarus* et perspicuus, ne in iudicio reiiciatur, cum iudex nesciat, quid petatur (35). Hinc excludenda est a libello: *contradictio*, nam qui sibi contradicit is fraudulenter agere praesumitur et audiendus non est (36); *obscuritas*, quae in iure reprobat<sup>ur</sup>, ne alii capiantur (37); *incertitudo*, nam iudex certam debet ferre sententiam, quae libello sit conformis; *generalitas*, etenim libellus generalis accusatorius ipso iure nullus est (38); aliud dicendum de libello civili, qui parte al-

(32) Cap. 1. X. h. t.; cap. 2. de litis contest. II. 3. in Sext.

(33) § 24. Inst. de act. IV. 6.; Novell. 112. cap. 2.

(34) L. 39. § 1. Cod. de appell. VIII. 62. Propter brevitatem in libello non anticipandas esse exceptiones rei monet *Zallinger* h. t. § 85. At confer de exceptionibus ab hac regula: *Schulte*, Eheproc. § 31.; scilicet eae convenienter addi possunt:

1. Si exceptio ex officio esset attendenda, v. gr. exceptio iudicis incompet<sup>entis</sup> vel suspecti, aut defectus legitimi in procuratore. Cfr. cap. 4. X. de procur. I. 38.

2. Si ex ipsa actione pateret reo competere exceptionem, ob quam actio esset reiicienda, v. gr. transactionis vel renuntiationis etc. Cfr. cap. 1. 2. de litis contest. II. in Sext.

3. Si reus ex ipsis factis allegatis ab actore possit repetere directe exceptionem, v. gr. si matrimonium impugnaretur propter vim et metum et actor concederet vitam coniugalem durasse ultra sex menses. Quo in casu convenienter illico inserit eas circumstantias, quibus constet metum, si quando adfuit, metus causa cessante, purgatum fuisse. Cfr. Instr. *Card. Rauscher* § 116.

(35) Cap. 2. X. h. t.; *Tancred.* l. c. P. II. tit. 13. § 1.; *Muenchen* l. c. p. 39.; *Schulte*, Eheproc. §§ 31. 32. 33. 34.

(36) Cap. 54. X. de appell. II. 28.

(37) Libellus obscurus ex officio iudicis reiicitur, uti si nihil certi contineat. Cfr. cap. 2. X. h. t.; L. 7. § 4. D. de iniur. etc. XLVII. 10.

(38) L. 3. D. de accusat. XLVII. 2.

tera non excipiente admittitur; *alternativa locutio*, cum obscuritatem et incertitudinem pariat (39).

384. Quamvis ex iure canonico libellus in specie non adeo rigore exigendus sit secundum formalitates iuris Iustiniani, ut v. g. nomen actionis accurate exprimatur (40), in eo tamen res apte clareque est proponenda. Hinc :

I. In *narratione facti* exprimenda sunt nomina iudicis (41), actoris, rei (42), ipsum vero factum iis necessariis circumstantiis describendum est, ut quid petatur clare constet (43). Cui descriptioni in libello criminali accedat necesse est designatio loci, anni, mensis, imo diei et horae, né accusato tollatur occasio sese efficaciter defendendi. In libello civili non adeo rigore designatio temporis et loci requiritur, excepto libello iniuriarum (44).

II. In *medio* concludendi indicanda est causa petendi sive ius, de quo agitur, v. g. mihi debet centum aureos ex contractu

(39) *Schmalzgr.* h. t. n. 5. sq.; *Zallinger* h. t. § 85. Libellus *ineptus* dicitur, qui in substantialibus deficit, uti qui ius agendi non includit, aut ineptam causam exprimit. Exempla exstant cap. 15. X. de iudic. II. 1.; cap. 2. 3. X. h. t. Imo talis libellus ex officio reiiciendus est, etsi pars adversa contra illum non excipiat.

*Vitiosus* dicitur libellus qui substantialia quoquo modo continet, sed tamen incertus est et nimis generalis. Talis sustineri potest, si pars adversa non excipiat. Reo enim cui libellus communicatur, competit exceptio libelli generalis, incerti, obscuri, alternativi. *Zallinger* h. t. 85.

Rom. Pontifex reiiciens libellum ineptum cap. 15. X. de iud. II. 1. decernit: « Intentionem in hac parte pronuntiavimus non tenere, absolventes eosdem milites ab eadem. Ita tamen quod si congruentem et aptam intentare volueris actionem, respondere tibi nihilominus teneantur ».

(40) Cap. 6. X. de iudic. II. 1.

(41) Nomen iudicis secundum stylum Curiae exprimendum est; et aliquando inscribitur libellus dicasterio alicui, aliquando personae singulari, v. gr. Tribunali matrimoniali dioecesis N., aut Rmis Auditoribus S. R. Rotae, vel etiam Decano S. R. Rotae aut Emo Card. Praefecto S. C. de Sacramentis.

(42) Cap. 1. X. h. t. Si plures sint, qui conveniuntur, principio enumerantur singuli, nisi sit universitas; postea unus, addito « et consortes ». Species facti si longior sit, in numeros et puncta digeri potest; « libelli tamen articulati, per quos factum separatis articulis comprehenditur et per omnes circumstantias deducitur, prohibiti sunt ». *Zallinger* l. c. h. t. § 81. In narratione fere additur reum extraiudicialiter frustra interpellatum esse; neque enim auctoritas iudicis imploranda est, nisi a reo ius obtineri non possit. Cfr. c. 16. C. II. q. 7., qui licet spurius rem aequitati congruam enuntiat. Ita *Zallinger* l. c.

(43) Cap. 2. X. h. t.

(44) *Schmalzgr.* h. t. n. 2.

mutui. Et in actione quidem personali requiritur et sufficit exprimere causam remotam, v. g. Caius mihi debet centum aureos ex contractu mutui (45), in actione vero reali ordinarie necesse est exprimere causam proximam, v. g. peto restitutionem talis domus, quae mea est iure dominii (46).

III. In *conclusionem* sive in petito (47) actor explicite iudici et reo insinuare debet, quid, quale, quantum sibi adjudicari velit. Quae conclusio maxima cum cura est formanda in causis civilibus, cum sententia conformis esse debeat libello; at in libello criminali non requiritur, quoniam ipsa lex, a iudice vi officii cognoscenda, determinat poenam crimini applicandam. Quare petitio illa in libello accusatorio tum solum locum habet, cum poena actori ad ipsius instantiam a reo est solvenda. Clausulae variae, non excepta clausula salutari, vix iam ullius sunt practici momenti (48).

(45) Cap. 3. X. h. t.

(46) Cap. 2. X. h. t. et praesertim cap. 3. de sent. et re iud. II. 14. in Sext.; *Schmalzgr.* h. t. n. 3.; *Muenchen* l. c. I. p. 254. sq.; *Muechel* l. c. p. 26. sq. 127. sq. Cfr. *Schulte* l. c. § 31. p. 116., quod ordinarie in libello probationes non sunt inserendae, sed ad summum indicandi sunt fontes. At duobus in casibus optime statim inseritur medium probationis, scilicet si probatio constet documentis, quoniam statim in primo termino reus de eorum authentia declarationem dare debet, si originalia ipsi proponantur; et si media probationis longiori dilatione perirent (Probatio ad perpetuam rei memoriam). Cfr. *Muenchen* l. c. I. p. 362.

*Devoti*, Inst. can. h. t. § 4. docet in actione personali tum proximam causam (obligationem) tum remotam (titulum obligationis) esse exprimendam; at expressio causae proximae disertis verbis facta est superflua, si causa remota est indicata; nam expressa causa remota, illico sequitur ex natura rei causa proxima sive obligatio, v. gr. ex contractu valido.

(47) Praeter petitum principale etiam petita secundaria libello inseri possunt, v. g. de expensis (cfr. cap. 4. X. de poen. V. 37.; L. 13. §. 6. Cod. de iudic. III. 1.; et *Maranta*, l. c. P. VI. de libelli oblatione putat iudicem posse decernere compensationem expensarum, at non debere, nisi in libello petitio sit expressa); aut de domicilio separato assignando (cfr. Instr. *Card. Rauscher* § 236.); at ut plurimum sunt superflua, cum iudex illa ex officio curare debeat. Cfr. *Schulte* l. c. § 31.; *Muechel* l. c. p. 31.

(48) *Schmalzgr.* h. t. n. 4.; *Zech* l. c. § 159.; *Muechel* l. c. p. 39. Ex iure quoque canonico fieri potest, ut in uno eodemque libello plures actiones proponantur sive, ut dici solet, "actiones cumulentur". Cfr. *Zallinger* h. t. § 84.; *Muechel* l. c. p. 33. sq.; *Zech* l. c. h. t. 13. § 159.: "Citationis, litis contestationis et subsequentis sententiae petitio (est exprimenda). In processu summario non opus est, ut in libello petatur litis contestatio. In processu autem executivo solummodo petitur, ut reus citetur ad recognitionem productae obligationis.... Varias clausulas advocati solent adiciere libello, quarum pleraeque sunt inutiles vel abundantes. De fructibus, interesse, usuris et expensis utiliter fit mentio, nisi ex stylo tribunalis haec omnia

## § 3. DE DECLARATIONE ET EMENDATIONE ET MUTATIONE LIBELLI.

**385.** Emendatio libelli, qua salva manente petitionis substantia vitium quoddam vel obscuritas quaedam libelli corrigitur, aut eidem aliquid additur vel detrahitur, usque ad sententiam latam fieri potest, sed compensatis reo expensis ex inepto libello causatis (49).

**386.** Mutatio libelli, quae in hoc consistit, ut actor petitionem substantialiter a priori libello diversam offerat iudici, ante litis contestationem actori permissa est, dummodo reo concedantur necessariae dilationes ad deliberationem atque ad novam processus instructionem et compensentur expensae ex mutatione libelli forte auctae. At si lis contestata iam sit, substantialis mutatio libelli fieri nequit, nisi actor velit novo uti libello et recedere a priori instantia reoque expensas compensare (50).

## § 4. DE EFFECTIBUS OBLATIONIS LIBELLI.

**387.** Cum finis libelli sit, ut iudici et reo natura petitionis actoris innotescat, imprimis iudicis est libelli formam et rem contentam accurate examinare et pro re nata libellum per decretum reicere aut admisso libello illius copiam cum reo communicare (51). Quodsi reo libelli copia vel aequivalens notitia accurata obiecti actionis denegatur, appellatio est con-

comprehendantur sub salutari illa clausula, qua nobile iudicis officium meliori quo fieri potest modo pro iure et iustitia largissime administranda imploratur „ Cfr. *Zech* l. c. h. t. 13. § 155. „ Conclusio supplicationis tendit ad extrahendum mandatum vel ad petendam audientiam, vel ad decernendum processum „.

(49) Cap. 3. X. de dilat. II. 8.; cap. 49. X. de appell. II. 28.; *Schmalzgr.* h. t. n. 8.-13.; *Muechel* l. c. p. 120. sq.; *Schulte*, *Eheproc.* § 41. i. f.

(50) Cap. 13. X. de iudic. II. 1.; *Schmalzgr.* h. t. n. 13.; *Pirhing* h. t. n. 18.; *Laymann* in cap. 2. h. t.; *Durantis* l. c. § Nunc n. 1. 2; *Tancred.* l. c. P. II. tit. 13. § 2.

(51) Ex disciplina nunc vigenti huiusmodi communicatio ordinarie fit una cum citationis decreto. Cfr. Instr. S. C. Ep. et Reg. 11. Iun. 1880. art. 22. 23.; *Schulte* l. c. § 36. atque de praxi antiqua: *Durantis* l. c. lib. II. part. 1. tit. de obl. libelli, qui dicit, quod libellus non simul cum citatione reo insinuabatur; at praesertim ex saeculo 14. et 15. contraria praxis magis rationabilis invaluit, ut scilicet simul cum citatione tradatur libellus reo. Quod testatur *Petrus de Ferraris*. Cfr. etiam *Muechel* l. c. p. 47. 48.



cessa (52). At reo deliberandum et declarandum est intra viginti dies (53), nisi a iudice istud tempus coarctetur aut prorogetur, utrum cedere velit petitioni actoris an resistere in iudicio (54).

388. Specialis effectus oblationis libelli sunt:

I. Secundum libellum sententia a iudice est ferenda (55).

II. Obligatur actor ad prosequendam causam usque ad finem, postquam reo libellus insinuatus est et illius intersit litem prosequi, v. g. propter multas expensas iam factas (56); si vero nihil rei intersit et res sit adhuc integra, actor libellum recuperare et a lite recedere potest, etiam reo invito (57).

III. Res fit litigiosa a die, quo post libellum oblatum citatio secuta et reo insinuata est (58).

IV. Secuta citatione interruptitur praescriptio (59).

V. Libellus probat contra libellantem ea, quae in libello continentur (60).

(52) Cap. 49. X. de appellat. II. 28.; *Schulte*, Eheproc. § 35. sq.; *Schmalzgr.* h. t. n. 15.

(53) Cum libelli communicatio nunc coincidat cum ipsa citatione, terminus ad comparandum vel respondendum constitutus, est simul tempus concessum ad deliberandum, et unice pendet a prudenti iudicis arbitrio. Cfr. Gregor. XVI., Regol. giud. § 473. « L'atto di citazione contiene.... la istanza dell'attore, sulla quale è chiamato in giudizio il reo...; Cod. proc. civ. Ital. art. 134.

(54) Can. 4. C. III. q. 3.; cap. 1. X. de dilat. II. 8.; cap. 24. X. de off. et pot. iud. deleg. I. 29.; Novell. 53. cap. 3.; *Muechel* l. c. p. 46. 49.

(55) Cap. 3. de sent. et re iud. II. 14. in Sext.

(56) Novell. 112. cap. 3.

(57) Can. 41. § Si quis libellos C. II. q. 6.; cap. 1. de dolo et cont. II. 6. in Sext.; L. 28. Cod. de appell. VII. 62.; *Schmalzgr.* h. t. n. 10.; *Muechel* l. c. p. 123. sq.

(58) Cap. 2. ut lite pend. II. 5. in Clem.

(59) L. 31. Cod. de episc. aud. I. 4.; L. 3. Cod. de annali except. VII. 40.; cap. 15. C. XVI. q. 3. cum dicto Grat. P. VIII. § 5.; *Muenchen* l. c. I. p. 256. Postquam citatio facta est, non amplius praesumi potest bona fides, quia saltem dubia oriuntur, num legitima sit possessio.

(60) L. 13. Cod. de non numerat. pec. IV. 30.; cap. 10. X. de prob. II. 19. Cfr. *Passerini* in cit. cap. 1. in Sext. n. 15. Reus comparens potest petere, ut absolvatur ab illo termino, ad quem citatus fuit, absque nova citatione actoris; praeterea potest petere, ut absolvatur ab instantia, sed ad hoc requiritur nova citatio actoris.

## TITULUS XVII.

## DE IN IUS VOCANDO SIVE DE CITATIONE.

(*Lib. II. tit. 3. de libelli obl. continuatur*).

**389. Fontes :** Dig. II. 4. de in ius vocando (1); II. 6. in ius vocati, ut eant aut satis vel cautum dent; Cod. II. 2. de in ius vocando—C. III. q. 9.—Instr. S. C. Ep. et Reg. 11. Iun. 1880. art. 21. sq.; Thesaur. resol. S. C. C. a. 1877. p. 262. 404.; Instr. Prag. a. 1869. §§ 22. 25. 29. 30. 61.; S. C. Ep. et Reg. 22. Sept. 1741. in Anal. Iur. Pont. XI. 1094. 376.

**Scriptores :** Commentatores in cit. tit. iur. Rom.; *Arndts-Serafini* l. c. § 113.; *Renaud* l. c. § 156. — *Wetzell* l. c. praesertim § 67. — Commentatores iur. Decret. de citat. ordinarie disputare solent I. II. tit. 3. de libelli oblatione. — *Zech* l. c. tit. 14. de in ius vocando; *Devoti*, Inst. can. lib. III. tit. 5. de libelli oblatione deque in ius vocando. — *Pillius* l. c. P. I. § 5. de in ius vocatione; *Tancred.* l. c. P. II. tit. 3. de citationibus ad iudicium; *Gratia* l. c. P. I. tit. 4. de citationibus; *Durantis* l. c. lib. II. partic. 1. tit. de citatione; *Ioan. Urbach* l. c. P. I. cap. 8. sq.; *Bouix*, De iudic. eccl. tom. II. p. 157. sq.; *Muenchen* l. c. I. p. 91. sq. 255. sq.; *Droste* l. c. p. 55. 117.; *Muechel* l. c. p. 40. sq.; *Lega* l. c. I. 403. sq.

## Praenotiones.

**390. Connexio materiae.** Iudex ecclesiasticus postquam petitionem actoris ad cognitionem admittendam esse decrevit expletisque omnibus actibus praeparatoriis a iure requisitis, tandem procedat necesse est ad rei citationem. Qua citatione satisfit supremae legi cognitionis iudicis: “ Audiatur et altera pars „ et disceptatio iudicialis proprie dicta inchoatur. Cum de citatione in collectionibus iuris Decretalium specialis quidam titulus, ut reperitur in corpore iuris Romani (2), non existat, sed hinc inde in Decretalibus citationis fiat mentio (3), neque expedire videatur, ut de graviore illo actu vereque substantiali omnis procedurae iudicialis (4), ad instar appendicis alterius tituli, disseratur, pro more antiquorum et recentiorum scriptorum et ipsius Gregorii XVI. Regol., proprius quidam titulus de citatione videtur inserendus.

(1) Gregor. XVI., Regol. giud. § 467. sq. Delle citazioni; Cod. procedur. civ. Italiae art. 132. sq.

(2) Cfr. tit. cit. in font.

(3) Cap. 19. X. de foro comp. II. 2.; cap. 11. X. de prob. II. 19.; cap. 2. de sent. et re iud. II. 11. in Clem.

(4) Cap. 2. de V. S. V. 11. in Clem.

**391. Definitio.** Citatio, sive in ius (5) vocatio, sensu stricto ex modo loquendi nunc in foro ecclesiastico et saeculari recepto, est "actus iudicialis, per quem reus actore rogante, iudicis auctoritate, litis peragendae causa in iudicium vocatur" (6), sive est *prima* vocatio rei ad iudicium ex mandato iudicis legitime facta iuris experiundi causa: sensu vero lato citatio est vocatio sive actoris, sive rei, sive testis, ad quamlibet iudicii partem ex mandato iudicis legitime facta (7).

**392. Divisio.** Citatio dividitur:

I. In citationem *iuris*, quae habetur, si ipsa lege terminus statutus est, quo quis se iudici sistere debet; et in citationem *hominis*, quae fit speciali iudicis mandato (8). Utraque ista citatio subdividitur in *generalem*, qua in iudicium vocatur quicumque sua interesse putat; et in *specialem*, per quam certa tantum persona citatur.

II. In *verbalem* et *realem*. Illa fit per ministrum publicum viva voce vel scripto per epistolam, haec executioni mandatur per apprehensionem personae rei a ministris iudicis factam (9). Verbalis denuo subdividitur in *privatam* sive *personalem*, quae directe personae rei intimatur, et in *publicam* vel *edictalem*, quae fit voce praeconis vel per edictum publicum vel nostra aetate per ephemerides (10).

(5) Antiquis legibus Romanorum cognitio et definitio iudicialis duplici parte proceduræ accurate distincta absolvebatur. "In iure" coram praetore vel magistratu pro tribunali sedente disceptatio causae inchoabatur usque ad litis contestationem; "in iudicio" coram iudice a praetore dato sequebatur causae discussio et definitio. Cfr. Keller l. c. §§ 46. sq. 50. sq. 66. sq. Aucto numero magistratuum sub Imperatoribus et abrogata iudicis datione per Diocletianum (a. 294.), coram uno eodemque magistratu et "in iure" et in "iudicio" disceptatio facta est. Cfr. Vering, Gesch. u. Pand. §§ 108. 123. Quare illa distinctio inter "ius" et "iudicium", iam apud ipsos Romanos sublata, nonnisi historicum habet momentum, et multo magis in foro ecclesiastico practicam utilitatem non habet.

(6) *Devoti*, Inst. can. lib. III. tit. 5. § 9.

(7) Vocare aliquem in ius nihil aliud est quam vocare aliquem ad eum, qui ius dicturus est ea de re, de qua quaeritur. Cfr. Paul. L. 1. D. de in ius vocand., ubi rem ita explicat, quod in ius vocare sit aliquem vocare "iuris experiundi causa. Etenim vocatur quis in ius, ut de suo iure experiatur apud eum, apud quem id facere ius est, sive apud eum iure iudicioque agat ea de re, ob quam in iudicium vocat". Id enim significant iuriconsulti eum dicunt de iure suo aut de re aliqua experiri..... vel ius experiri..... hoc est rem tentare et sui iuris periculum facere". *Devoti* l. c. § 8.

(8) Cap. 2. de poen. V. 8. in Clem.

(9) Cap. 15. de sent. excom. V. 11. in Sext.

(10) Cap. 3. X. de dol. et cont. II. 14.; S. C. C. in caus. Monac. 23. Jun. 1875.; Santi l. c. l. II. tit. 6. n. 8.

III. In *simplicem*, quae citatum, si non compareat, non reddit contumacem, nisi tribus vicibus facta sit, et in *peremptoriam*, quae licet non repetatur, reum citatum reddit contumacem, si termino constituto non compareat (11).

393. *Notae historicae*. I. Antiquo iure Romano ipsius actoris fuit adducere reum ad magistratum, ut coram ipso sive "in iure", disceptatio causae inchoaretur, neque magistratus per citationem rei suam auctoritatem ordinarie interposuit. Quodsi reus actorem, ad magistratum sive "in ius", vocantem sequi recusavit, actor praemissa attestatione manum inicere potuit in reum et vi illum trahere ad Praetorem, servatis exceptionibus et limitationibus in iure statutis (12). Qui modus reum in ius vocandi nimis rudis paulatim mitioribus formis cessit, donec tandem nemo sine magistratus auctoritate in ius vocaretur (13). Similiter apud populos germanicos ipse actor debuit reum citare (*mallare, admallare*) per *mannitionem* ad domum rei et coram testibus. At magis magisque haec ratio citandi reos ad paucos casus restricta est, eique successit citatio per comitem. Quae praxis primum videtur fuisse introducta in Lombardia per capit. Ticin. (a. 801.) et deinde eadem statuta in legibus Francorum repetuntur (14).

II. Cum minus opportunum videretur citationem privatorum arbitrio relinquere, Ecclesia (15) inde a primis saeculis in citandis reis auctoritatem publicam interposuit (16). Hinc can. 74. Apostolor. statuitur: "Episcopum ab hominibus christianis et fide dignis de crimine accusatum in ius vocant

(11) *Schmalzgr.* l. II. tit. 3. n. 16. sq. Sensu latissimo citatio confunditur cum insinuatione, quatenus singuli actus iudicii litigantibus nuntiantur; "verum in ius vocatio tantum pertinet ad primam citationem, unde iudicium exorditur". Ita *Devoti* l. c. § 9. cum *Vinnio*. Sed "veteri iure Romano in ius vocatio et citatio in eo praesertim differebant, quod illa privata auctoritate, haec vero mandato iudicis per praeconem et interdum etiam per edictum fiebat; nec tantum reus, sed etiam actor, patroni et testes in iudicium citabantur". *Devoti* l. c.

(12) *Keller* l. c. § 46. sq.; *Vering*, l. c. § 122.

(13) *Devoti* l. c. § 8.

(14) *Walter*, Deutsch. Rechtsgesch. § 676.; *Wetzell* l. c. § 67. not. 1.; *Zachariae*, Handb. d. deutsch. Strafprocesses I. § 24.

(15) Quamvis in hac quoque materia Ecclesia non dedignata sit leges Romanas imitari (c. 6. CXXIV. q. 3.; cap. 24. X. de off. et pot. iud. del. l. 29.), tamen earum rigorem aequitate canonica temperavit. Cfr. cap. 6. X. de dol. et contum. II. 14.; cap. 1. de iudic. II. 1. in Clem.; *Devoti* l. c. § 12. Can. 6. hic citatus adscribitur Concilio Parisiensi, sed est capitulum Hinemari Rhemensis, in quo evidenter adaptatur ius Romanum in hac materia.

(16) *Pönsius* l. c. p. 109.

Episcopi. Si vocationi paruerit responderitque fueritque convictus, poena decernatur; si vero vocatus haud paruerit, missis ad eum duobus Episcopis, iterum vocetur; si ne sic quidem paruerit, duo rursus ad eum missi tertio vocent Episcopum. Si hanc quoque aspernatus non venerit, pronuntiet contra eum Synodus, quae videbuntur, ne ex iudicii detrectatione luerum facere videatur „ In Concilio quoque Hipponensi (a. 393) c. 6. sancitur, ut Episcopus apud Primate provinciae accusatus, antequam suspendatur, ab eodem Primate ad comparandum citetur (17).

Ideoque S. Augustinus (18) Donatistas reprehendit, quod Caecilianum non citatum, ut fieri debuit, et non auditum condemnassent. Patres vero Concilii Ephesini (a. 431.) contra Nestorium „ secundum canones „ post trinam admonitionem et citationem processerunt, eodemque iure usi sunt in causa Eutychetis Patres Concilii Chalcedonensis (a. 451.).

Denique cum causae criminales, saltem graviores, Episcoporum paulatim soli Rom. Pontifici reservarentur, Concilium Trid. Sess. XIII. cap. 6. de reform. decrevit: „ Episcopus, nisi ob causam, ex qua deponendus sive privandus veniret.... ut personaliter compareat, nequaquam citetur vel moneatur „, cui decreto Tridentino Pius IV. Const. „ De salute gregis „ § 3. d. 4. Sept. 1560. illam sanctionem adiunxit (19), quod Episcopi residentes ad comparandum in Curia Romana per quoscunque iudices citati non tenerentur, nisi vigore specialis commissionis manu R. Pontificis signatae (20).

#### § 1. DE NECESSITATE CITATIONIS.

**394.** Citatio adeo necessaria est, ut sine illa sententia contra absentem lata una cum toto processu sit ipso iure (21) nulla et irrita (22).

(17) Cfr. quoque can. 30. inter can. Conc. Carth. IV. a. 398. non recte adscriptos: „ Caveant iudices Ecclesiae, ne absente eo, cuius causa ventilatur, sententiam proferant, quia irrita erit, immo et causam in Synodo pro facto dabunt „. Cfr. *Kober*, D. Kirchenb. p. 159. sq.

(18) Epist. 43. cap. 3. n. 11.

(19) Cfr. Conc. Trid. Sess. XXIV. cap. 5. de ref.

(20) *Kober*, D. Kirchenbann p. 158. sq., D. Suspens. p. 59. sq., D. Deposit. p. 467. sq.; *Giraldi*, Exposit. Iur. Pont. P. II. sect. 131.; *Zech* l. c. § 168. sq. Ibidem *Giraldi* recte tradit causas quoque criminales minores a Rom. Pontifice *nunc* esse iudicandas. Attamen cfr. Syn. Mont. Lib. p. 3. c. 4. n. 33.

(21) L. 7. Cod. quomodo et quando VII. 43.; c. 2. 4. C. III. q. 9.; cap. 8. X. de M. et O. I. 33.; cap. 2. de sent. et re iud. II. 11. in Clem.

(22) S. Congr. Concilii 18. Iun. 1746. citatione non praemissa, nullam



Id quod obtinet non solum in iudicio solemni, sed etiam in processu summario (23); maxima vero est necessitas citationis in causis criminalibus (24).

395. Necessitas citationis quoad substantiam, non quoad modum et solemnitatem, nititur iure naturali. Nam qui de actu, quo sibi suoque iuri praeiudicari potest, non monetur, is se suumque ius defendere nequit; at iure naturali prohibetur, ne cui adimatur facultas sese defendendi (25). Quae ratio non procedit de solemnitatibus citationis salva substantia adiunctis, ideoque illae sunt iuris tantum humani (26).

396. Citatio vero non debet fieri, si est superflua aut plane impossibilis, veluti si crimen est ita notorium, ut nulla tergiversatione possit celari, v. g. si reus in flagranti deprehendatur (27), aut si reus dolose latitet aut aliud praestet impedimentum, ne citari possit. Nam finis citationis est, ut reus sciat, actionem sibi intentatam esse, iam vero reus illa affectata ignorantia et occultatione satis probat, se scire citationem suam esse decretam. Neque citatio requiritur, si citandus esset reus in loco, ad quem non tutus patet aditus apparitori, vel si periculum esset in mora (28).

## § 2. DE SUBIECTO ACTIVO ET PASSIVO CITATIONIS.

397. Citationem verbalem decernere et demandare potest omnis iudex competens, sive ordinarius sive delegatus, citatioque facta a iudice non competente irrita est tutoque con-

declaravit proceduram et sententiam excommunicationis ab Episcopo inflictam eumque ex integro procedere iussit. Conc. Trid. ed. *Richter* p. 442.

(23) Cap. 11. X. de probat. II. 19.; cap. 2. de V. S. V. 11. in Clem.

(24) Cfr. c. 12. C. III. q. 9.; cap. 5. X. de in integr. rest. I. 43.; S. C. Ep. et Reg. 22. Sept. 1741.; *Drosie* l. c. Hinc defectus citationis dicitur insanabilis, quoniam sanari non potest iudicium, quod sine citatione gestum est. Cfr. *Devoti*, Inst. can. III. t. 5. § 10.

(25) Cap. 8. X. de M. et O. I. 33.

(26) *Leuren* h. t. q. 211.

(27) Cap. 5. § 1. X. de appell. II. 28. Ut crimen sit notorium non sufficit, ut notorium sit factum vel reus; sed ipsa culpa debet esse notoria, v. gr. si quis alterum occidit, factum et quis fuerit auctor facti potest esse notorium, at culpa potuit abesse, quia forte ad legitimam defensionem hoc fecit.

(28) L. 68. 69. 70. 72. D. de iudic. V. 1.; L. 8. Cod. quomod. et quand. VII. 43.; cap. 20. X. de haeret. V. 2. in Sext.; Instr. S. C. Ep. et Reg. 11. Iun. 1880. art. 21. sq.; *Schmalzgr.* h. t. n. 15. 26.; *Bouix* l. c. II. p. 159.; *Muechel* l. c. p. 44.; Act. S. Sed. vol. XII. p. 403. sq. de neglecta citatione in causa matrimoniali principis Monacensis.

temnitur, neque reus citatus contumax haberi potest, si non compareat; nam iudex non competens viro privato aequiparatur (29). Citatio realis, quae fit per apprehensionem vel capturam, solummodo iudici ordinario, non delegato permissa est (30), itemque citatio per edictum tantum per Ordinarium aut iudicem delegatum a principe, in casibus a iure permissis, non vero per delegatum inferioris iudicis fieri potest (31).

398. Citari possunt omnes iique soli, qui iurisdictioni iudicis citantis sunt subiecti (32); requiritur vero et sufficit, ut citetur is, de cuius commodo principaliter (33) agitur, non etiam ille, qui forte tantum habet praeiudicium accessorium et consecutivum. Quod si plures habent interesse principale, v. g. eiusdem haereditatis possessores, omnes citandi sunt (34). Denique citari interdum potest vel debet una persona pro alia, quae per priorem legitime repraesentatur, v. g. pater tanquam legitimus administrator in causa filii, vel maritus in causa uxoris, vel tutor impuberis, vel curator furiosi, vel generatim procurator legitime constitutus (35).

### § 3. DE QUALITATIBUS ET FORMA CITATIONIS.

399. Ut citatio iudicialis sit legitima, requiritur:

I. Mandatum competentis iudicis de citando reo (36).

II. Actualis citatio rei sive executio illius mandati in forma legitima per apparitorem vel nuntium sive per alium modum a iure permissum (37).

(29) L. 2. D. si quis in ius II. 5.; cap. 2. X. de dil. II. 8.; Conc. Trid. Sess. V. cap. 14. de ref.; *Schmalzgr.* h. t. n. 27.; *Muechel* l. c. p. 45.

(30) Cap. 1. de iudic. II. 1. in Sext.; Instr. Prag. (a. 1869.) § 63.; *Droste* l. c. p. 54. 55.

(31) *Durantis* l. c. § Sequitur n. 13.; *Leuren* h. t. q. 224. 225.; *Schmalzgr.* h. t. n. 17. 18. 27.; *Muechel* l. c. p. 53. 56.

(32) Cap. unic. de for. comp. II. 2. in Clem. L. 20. D. de iurisd. II. 1.; *Schmalzgr.* h. t. n. 28.

(33) Greg. XVI., Regol. giudiz. § 1046. « Un terzo che aveva interesse principale nella causa, e che non fu citato e non richiese d'intervenirvi, può domandare l'annullamento degli atti e delle sentenze, che ledono i suoi diritti per difetto di citazione ».

(34) *Leuren* h. t. q. 226.

(35) Cap. 3. X. de dolo et contum. II. 14.; cap. 4. X. de eo, qui mittitur in possess. II. 15.; cap. 3. de elect. I. 3. in Clem.; *Durantis* l. c. § Contra n. 18.; *Tancred.* l. c. § 3.; Greg. XIV., Reg. giud. §§ 448. 490.

(36) L. 10. § 12. D. de in ius voc. II. 4.

(37) Duplex actus est necessarius, scilicet decretum iudicis et insinuatio

### III. Relatio de citatione facta per nuntium (38).

400. Citatio edictalis, cum nonnisi in subsidium ordinariae citationis sit permissa, a iudice ecclesiastico nequaquam pro suo arbitrio et indistincte adhiberi potest, sed solummodo in casibus a iure expressis aut verae necessitatis, si reus aliter citari nequeat (39).

401. In citatione verbali, si fit in scriptis, ut in causis aliquius momenti ordinarie fieri solet (40), exprimenda sunt:

I. Nomen et cognomen iudicis citantis, ut reus cognoscat, num iudex sit competens aut suspectus, utrum ordinarius an delegatus, quoniam iudex delegatus, nisi notoria sit delegatio, partes citare nequit, nisi una cum citatione copiam suae delegationis transmittat (41).

II. Nomen et cognomen rei citandi (42), ne reus cum alio confundatur et ut certo sciat, se in ius vocari. Quodsi complures rei citantur, qui collegium non constituunt, omnium nomina sunt exprimenda; si communitas sive corporatio quaedam sit citanda, sufficit, si illius Superior vel Praeses in ius vocetur (43).

III. Nomen et praenomen et cognomen actoris, ut reus adversarium suum cognoscat, eique constet, num is legitimam

ipsius decreti, sicut in lege, quae prius conditur et postea promulgatur, quae duo necessaria sunt. Insinuatio autem haec, seu actualis citatio, debet fieri in forma legitima, idest per apparitorem, qui est persona publica et iurata, vel certe per aliam personam qualificatam, non per qualemcumque personam privatam. Cfr. Inst. 11. Iun. 1880. art. 14.

(38) Greg. XVI., *Regolam. giudiz.* §§ 473. 475. 481. sq.

(39) Cap. 11. X. de cleric. non resid. III. 4.; cap. 10. X. de dolo et contum. II. 14.; cap. 3. de elect. I. 3. in Clem.; cap. 1. de iudic. II. 1. in Clem.; cap. unic. de foro comp. II. 2. in Clem.; *Durantis* l. c. § Sequitur n. 13.; *Schmalzgr.* h. t. n. 18.; *Leuren* h. t. q. 215.; *Muechel* l. c. p. 55.; *Wetzell* l. c. p. 909. sq.

(40) Cfr. *Leuren* l. c. q. 220. quando in scriptis fieri debeat.

(41) Cap. 31. X. de offic. et pot. iud. del. I. 29.; cap. 2. X. de dilat. II. 8.; *Leuren* l. c. q. 217. Nam sine tali insertione iurisdictio iudicis delegati reo comperta et explorata esse non potest. Insertio tamen copiae rescripti non est amplius necessaria in subsequentibus citationibus, sed sufficit remissio ad primam insertionem, v. gr.: "Quarum litterarum apostolicarum formam vobis misimus nostris litteris inclusam". *Muechel* l. c. p. 45. At potest aliquando iterata haec insertio requiri, si quando praescriptum fuerit, ut in omnibus actibus fiat expressa et specifica mentio delegationis Sedis Apostolicae. Cfr. Breve Pii IX. ad Episcopos Austriae 28. Nov. 1856. (apud *Schulte* l. c. p. 293.).

(42) Cap. 34. 36. X. de rescript. I. 3.

(43) Greg. XVI., *Regolam. giud.* §§ 488. 490.

habeat personam standi in iudicio simulque intelligat, utrum citetur ad instantiam actoris, an ex officio a iudice in casibus a iure permissis.

IV. Causa saltem in genere, ob quam quis in ius vocatur, ut causa cognita paratus ad iudicium accedere possit, si iudicio decertare cum adversario constituit (44).

V. Locus iudicii, in quo reus debet comparere (45). Nam constare debet, num iudex non excedat limites sui territorii, quo in casu citatio esset nulla atque irrita (46). Quae necessitas exprimendi locum potissimum urget in iudice delegato, qui certo tribunali caret; nam iudex ordinarius, velut Episcopus, licet in quolibet loco suae dioecesis pro tribunali sedere possit (47), censetur eo loco velle ius reddere, quo tribunal suum certum habere consuevit, nisi disertis verbis alium locum exprimat (48). Denique qui citatur, scire debet, utrum locus sit ipsi tutus atque honestus.

VI. Terminus competens et dies certus et non feriatuus, ad quem compareat reus (49).

#### § 4. DE LOCO ET TEMPORE ET INSINUATIONE CITATIONIS.

402. Citatio realis proprii subditi extra territorium proprium sine requisitione aut licentia iudicis territorii alieni fieri non potest; huiusmodi enim citatio est exercitium verae iurisdictionis, quod in alieno territorio locum habere nequit. Citationem verbalem per nuntium aut per edictum fieri posse in alieno territorio existimat Card. de Luca cum aliis, eo quod talis citatio exercitium iurisdictionis non sit (?), et consequenter docet citatum arctari citatione, eo quod finis citationis sit scientia (50). Verum recte *Leuren* l. c. q. 221. cum *Maranta* tenet, non tantum ratione congruentiae, sed ob iuris neces-

(44) Cap. 2. X. de dilat. II. 8.; cap. 2. ut lit. pendent. II. 5. in Clem.; Instr. S. C. Ep. et Reg. 11. Iun. 1880. art. 22. 23.; *Devoti*, Inst. can. I. c. § 16.; *Schmalzgr.* h. t. n. 24.; *Durantis* l. c. tit. de libelli oblatione; *Muechel* l. c. p. 46. sq.

(45) Cap. 43. X. de rescr.

(46) Cfr. cap. un. de foro compet. II. 2. in Clem.; L. 20. D. de iurisd. II. 1.: \* Extra territorium ius dicenti non paretur impune \*. Cap. 11. § 3. de rescr. I. 3. in Sext.

(47) Cap. 7. de off. ordinar. I. 16. in Sext.

(48) Cfr. quoque L. 59. D. de iud. V. 1.

(49) Cap. 1. 5. X. de feriis II. 9.; *Leuren* h. t. q. 217.

(50) Cfr. quoque *Schmalzgr.* h. t. n. 23.



sitatem, a iudice citationem rei veram in alieno territorio effici tantum posse per requisitionem iudicis illius territorii (51).

403. Quilibet reus citari debet personaliter in domo (52) solitae suae habitationis (53) et citatio viva voce, sive praesentatione scripti mandati, ipsi est insinuanda; si ab habitatione sua reus abest, procurator illius vocetur, quem si non habeat, denuntiationes ad domum rei mittendae ibique in scriptis reliquendae sunt (54), vel affigendae ad aedes (55), vocatis prudentiae causa duobus testibus. Idem fieri potest, si reus repudiet acceptationem citationis. Atque in Instructione S. C. Ep. et Reg. 11. Iun. 1880. art. 14. cavetur: "Quatenus pro intimationibus aut notificationibus haud praesto sit opera apparitorum curiae, suppletur exhibitione earundem explenda per qualificatam personam, quae de facto certiorer, sive eas transmittendo ope commendationis penes tabellariorum officium illis in locis, in quibus hoc invaluit systema, exposcendo fidem exhibitionis, receptionis aut repudii „ (56).

404. Locus, ad quem quis citandus est, debet esse de iurisdictione iudicis citantis sive iure ordinario sive iure extraordinario (57); secus reus citatus comparere non tenetur (58). Hinc iudex ecclesiasticus, qui universali instructus est iurisdictione, subditos ad quemcumque locum suae iurisdictioni subiectum citare potest, salva semper aequitate naturali. Praeterea locus honestus sit oportet (59) atque tutus (60); neque si de iudice delegato agatur, distet ultra unam diaetam a

(51) Greg. XVI., Regolam. giudiz. §§ 483. 485.

(52) Greg. XVI., l. c. § 481. sq.

(53) Cap. 3. De elect. l. 3. in Clem.

(54) Cap. 3. X. de dolo et contum. II. 14.

(55) L. 4. § 6. D. de dam. inf. XXXIX. 2.

(56) Bouix l. c. II. p. 162. sq.; Schmalzgr. h. t. n. 25.; Muenchen l. c. I. p. 91. sq.; Muechel l. c. p. 54. sq.

(57) Cap. 11. § 3. de reser. l. 3. in Sext.; cap. 7. de off. ordin. l. 16. in Sext.; cap. unic. de foro comp. II. 2. in Clem.

(58) L. 7. Cod. de iurisdiet. omn. iud. III. 13.

(59) L. 21. § 1. D. de recept. IV. 8.

(60) Cap. 4. X. ut lite non cont. II. 6.; cap. 2. de sent. et re iud. II. 11. in Clem.; *Devoti*, Inst. can. lib. III. tit. 5. § 17. *Devoti* l. c. § 16. notat, quod, si manifestum sit locum tutum non esse, nulla est citatio (Clem. l. c. cap. 2.); si non sit ita manifestum, valet citatio, sed reus demonstrare potest, et si vult vim citationis eludere, etiam debet, eum sibi locum tutum non esse. Citat autem *Devoti* pro ultima parte suae assertionis cap. 7. § 3. de sent. excomm. in Sext.; at ibi de hac re expresse nihil habetur, et ad summum argumentando ex paritate aliquid erui potest.



finibus dioecesis rei (61); denique legati vel delegati Rom. Pontificis citare debent ad civitates et locos insignes, ubi possit commode copia peritorum haberi (62).

405. Tempus, intra quod quis comparere iubetur in iudicio, debet esse certum et determinatum etiam quoad diem, ita ut citatio vaga sit omnino invalida. Quodsi hora diei non addatur, intelligitur hora solita audientiae (63). Praeterea tempus congruum sit et competens neque ita breve ut reus comparere nequeat (64). Atque in foro ecclesiastico, praesertim ex disciplina nunc vigenti, nequaquam attendendae sunt dilationes in iure Romano statutae (65), sed prudenti arbitrio iudicis res relinquitur (66). Quando autem ob accusationum qualitates aut ob alia adiuncta prudens non sit in actu intimationis per extensum accusationes reo patefacere, ideoque reus paratus esse nequiverit ad responsa pro sua accusatione, potest, si id expetat, obtinere praefixionem termini ad exhibendam defensionem cum memoria in scriptis (67).

406. Citatio fieri debet die iuridica (68): hinc si die festo fieret, non valeret (69). Ipsa quoque insinuatio citationis nequit fieri die sacro, nisi in casibus a iure exceptis.

#### § 5. DE EFFECTIBUS CITATIONIS.

407. Citatio valida (70) hos producit effectus:

1. Arcat citatum reum, ut coram iudice citante compareat, nisi iustam habeat excusationis causam, secus terminis legitimis elapsis fit contumax (71).

(61) Cap. 11. § 1. 2. de rescr. l. 3. in Sext., quo correctum est cap. 28. X. de rescript. l. 3.; *Maschal*, Inst. can. vol. II. part. 1. elench. II. n. 2.; *Fagnan*, in cit. cap. 28. X. de rescr. n. 16.

(62) Cap. 11. pr. de rescript. l. 3. in Sext.

(63) *Leuren* h. t. q. 218.

(64) Cfr. c. 2. 3. 4. C. III. q. 3., cap. 24. X. de offic. et pot. iud. del. l. 29.; cap. 1. X. de dilat. II. 8.

(65) Novell. 53. cap. 3. § 1.; Novell. 96. cap. 2. § 1.

(66) Cap. 2. X. de dilat. II. 8.; *Schmalzgr.* l. II. tit. 8. n. 8.; *Durantis* l. c. libr. II. partic. 1. tit. de citat. § Nunc. n. 4.; *Muenchen* l. c. I. p. 91. 257.; *Muechel* l. c. p. 68.

(67) Cfr. Instr. S. C. Ep. et Reg. 11. Iun. 1880. art. 22. 23. 28.

(68) Cap. 1. 5. X. de feriis.

(69) L. 2. D. si quis in ius II. 5.; L. 11. Cod. de for. III. 12.

(70) Citatio enim invalida hos effectus non producit, ut patet, tum quia quod nullum est, nullum producit effectum, nisi de contrario expresse caveatur, quod in casu non obtinet; tum quia expresse cap. 3. de electione in Clem. omnis iuris effectus a citatione illegitime facta subducuntur.

(71) L. 2. D. si quis in ius voc. II. 5.; L. 53. § 1. D. de re iud. XLII. 1.; cap. 2. X. de dol. et cont. II. 14.; cap. 2. de sent. II. 11. in Clem.

2. Introducit praeventionem in favorem iudicis citantis, si complures iudices sint competentes in causa atque consequenter citatione facta ius actoris eligendi unum ex diversis iudicibus competentibus, coram quo actionem intendat, cessat atque extinguitur, neque quidquam refert, utrum forte post citationem alius quidam iudex pariter fiat competens necne (72).

3. Perpetuat et firmat iurisdictionem iudicis delegati, ita ut si morte vel ob aliam causam iudex delegans suam potestatem amittat, iurdictio iudicis delegati non exspiret (73), neque suspendatur per appellationem ad delegantem (74).

4. Modo rite sit decreta legitimeque executioni mandata, inducitur litis pendentia, ad eum finem, ut lite pendente nihil innovetur (75). Quoad alios effectus, nonnisi per litis contestationem, stricto iure lis censetur pendere (76).

5. Facit causam civilem, de qua controversia est, litigiosam (77); unde alienatio vel immutatio rei post citationem est interdicta (78).

6. Interrumpit coeptam praescriptionem (79). Etenim citatio rite insinuata tollit aut suspendit bonam fidem ad praescriptionem etiam continuandam omnino necessariam. Quae ratio probat sola oblatione libelli iudici facta nondum interrumpi praescriptionem (80).

(72) L. 4. § 1. Cod. de in ius voc. II. 2.; cap. 19. X. de foro comp. II. 2.

(73) Cap. 20. 30. X. de off. et pot. iud. deleg. I. 29.

(74) Cap. 9. 30. X. de appell. II. 28.

(75) Cap. 20. X. de off. et p. iud. del. I. 29.; cap. 2. ut lite pend. II. 5. in Clem.

(76) Cap. 30. X. de V. S. V. 40.

(77) Cap. 2. ut lit. pend. II. 5. in Clem.

(78) Cfr. c. 50. C. XI. q. 1.; cap. 2. X. de alienat. iud. I. 42.; cap. 3. 4. X. ut lite pend. II. 16.; Novell. 112. cap. 1. = Auth. Litigiosa post. L. 1. Cod. de litigios. VIII. 37.

(79) L. 7. 30. 34. D. de iud. V. 1.; L. 3. 4. Cod. de praescript. VII. 39.

(80) Cfr. *Muenchen* l. c. I. p. 257. sq.; *Muechel* l. c. p. 64.; *Zallinger* l. c. § 98. dicit: "Denique citatione interrumpitur praescriptio 30. vel 40. annorum, et citatus constituitur in mala fide saltem iuridice tali". At non satis intelligitur, quare a *Zallinger* addita fuerint ea verba: "30. vel 40. annorum", nisi hoc sensu, quod scilicet etiam praescriptio 30. vel 40. annorum interrumpatur. Nam sane *Devoti* et *Muenchen* cum Glossa sine illa limitatione defendunt simpliciter citationem interrumpere praescriptionem.

## TITULUS XVIII.

## DE EXCEPTIONIBUS ET REPLICATIONIBUS (1).

(Lib. II. tit. 25. de exceptionibus).

**408. Fontes:** Inst. IV. 13. de exceptionibus, 14. de replicationibus; Dig. XLIV. 1. de except., 2-4. incl., XXI. 3. de exceptione rei vend.; Cod. VIII. 36. de exceptionibus seu praescriptionibus (2) — c. 2. C. III. q. 6. cum dicto Grat. — Compil. II. lib. II. tit. 11. de exceptionib.; Comp. III. lib. II. tit. 16. eod. — Decretal. Gregorii IX. lib. II. tit. 25. eod.; Bonifacii VIII. lib. II. tit. 12. eod.; Clem. V. lib. II. tit. 12. eod. Cfr. exempla replicat. et duplicat. in causa matrimoniali Separat. in Archiv f. k. KR. tom. 13. p. 33. sq.

**Scriptores:** Commentator. iur. Rom. in cit. tit.; *Arndts-Serafini* l. c. §§ 101. 102.; *Van Wetter* l. c. § 130.; *Accurius* l. c. n. 890. sq.; *Vering*, Gesch. u. Pand. § 121. — Commentat. iur. Decretal. h. t. — *Zech* l. c. tit. 21. de exceptionib.; *Devoti*, Inst. canon. lib. III. tit. 10. de exceptionib. et replicationib. — *Pillius* l. c. P. II. § 1. sq.; *Tancred.* l. c. P. II. tit. 5. de except. et replic.; *Gratia* l. c. P. I. tit. 9. de exceptionib.; *Durantis* l. c. libr. II. partic. 1. de except. et replic.; *Muenchen* l. c. I. p. 258. sq.; *Muechel* l. c. p. 68. sq.; *Lega* l. c. I. p. 200. sq. 210. sq. 312. sq.; *Boriero* l. c. p. 188. sq.

## Praenotiones.

**409. Connexio materiae.** Si reus legitime citatus non sit contumax (3) et in termino constituto coram iudice citante

(1) In Comp. II. titulus iste de exceptionibus ponitur immediate post tit. 10. de probationibus et ante tit. 12. de testibus. In Comp. III. ponitur iam titulus iste loco solito, idest post titulum de iureiurando et immediate ante titulum de praescriptionibus et tit. de sententia. Eodem modo ponitur titulus de exceptionibus in Comp. I. — *Tancredus* agit de exceptionibus immediate post duos tit. de citationibus et de contumaciis et ante titulum de recusationibus iudicum. *Gratia* P. I. tit. 4. de citationibus, tit. 7. de dolo et contumacia, tit. 9. de exceptionibus, et deinde agit de litis contestatione. *Durantis* l. c. post tit. de citatione agit de contumacia (et primo ac secundo decreto), deinde de « comparitione in termino », de oblatione libelli, de dilationibus, de feriis, tandem fuse de exceptionibus et replicationibus ante tit. de satisfactionibus, interrogationibus, de reconventione, de ordine cognitionum, de petitorio et possessione et spoliatione, de litis contestatione. Inter recentiores *Bouix* l. c. postquam egit de citatione et de contumacia, transit ad quaestionem de exceptionibus, deinde disserit de recusationibus iudicum, de reconventione et tandem de litis contestatione.

(2) Greg. XVI., Regul. giud. § 550. § 778. sq.

(3) Quemadmodum patet iam ex frequentibus citationibus capitum tituli de dolo et contumacia, in titulo de citatione factis, intima est duorum illorum titulorum connexio. Hinc optimo consilio *Tancredus*, *Gratia*, *Durantis*, *Urbach*, *Zech* mox post titulum de citatione « agere solebant » de contumacia », ut dictum est in nota 1. A qua praxi recentiores quoque

compareat, respondeat necesse est ad accusationem contra se propositam et a iudice insinuatam. Quae responsio quatuor modis a reo fieri potest. Etenim aut universum actoris petatum in iudicio concedit et admittit; aut simpliciter, sive ex parte, sive totaliter, negat factum ab actore in petito allegatum; aut negat iuris fundamentum, quo petatum actoris nititur; aut reus mera negatione non contentus nova ipse affert facta, quibus petitionem actoris aut omnino elidat aut saltem retardet (4). Quodsi reus nova huiusmodi facta opponit actori, quibus sese defendat, exceptioe dicitur uti eique actor denuo respondet replicatione, quam sequitur rei duplicatio.

**410. Definitio.** Sicut actio est ius persequendi in iudicio id, quod sibi debetur, ita exceptio est ius, quod actionem in iudicio excludit. Quare exceptio, licet sensu latiori significet quamlibet rei defensionem (5), tamen sensu stricto in iure Romano dicitur " exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est „ (6); sive est exclusio intentionis actoris, et paulo accuratius definitur: Assertio rei contra factum vel ius actoris, qua ipsius actio retardetur aut penitus elidatur (7).

scriptores non sunt alieni, velut *Bouix*, *Devoti*, qui in Inst. can. l. c. post titulum de libelli oblatione deque in ius vocando illico subiungit titulum de dolo et contumacia. Quae animadversio critica sufficiat, ut constet, quo loco convenienter inseri possit titulus de dolo et contumacia cum tribus sequentibus titulis. Cfr. quoque Gregorii XVI., Reg. giud. § 541. sq. Degli atti preliminari, della prima comparsa in udienza, della contumacia; § 1092. Del modo di procedere in conumacia.

(4) Finis universae defensionis rei est: relectio actionis per iudicem et liberatio a condemnatione vel alio gravamine. Quem finem ut obtineat reus quatuor illis modis uti potest, qui in in textu indicati fuerunt. Quod si simpliciter factum negat, huiusmodi responsio dicitur *negativa responsio*. Et haec responsio negativa, ut putat *Schulle*, Eheproc. p. 140. aequiparatur litis contestationi, (ist die eigentliche s. g. Litiscontestation), quoniam *secundam praxim* nunc receptam litis contestatio non amplius est propria et singularis pars, ut quondam in processu Romano ac canonico; et praesertim in processu matrimoniali huiusmodi litis contestatio formalis et sollemnis non amplius necessario est adhibenda. Cfr. *Schulle* l. c. § 4. p. 9.

(5) Sensu lato comprehendit vel ipsam reconventionem et designat omnem defensionem, quae reo competit, etsi actori actio proprie non sit, v. gr. si actor agat ex contractu numquam celebrato. Nam ius ad agendum debet habere fundamentum in aliquo facto et in aliquo iure; at contractus, qui numquam est celebratus, non est factum et proinde non praebet fundamentum ad ius et consequenter nec ius ipsum petendi seu actionem.

(6) L. 2. pr. D. de except.

(7) Per deductiones iuris contrarias potest reus destruere fundamen-



411. Exceptiones distinguuntur in foro ecclesiastico, omissis divisionibus exceptionum in iure Romano receptis (8):

I. In *reales* sive causae vel rei cohaerentes, et in *personales* sive personae cohaerentes. Illae generaliter omnibus conventis eorumque haeredibus et fideiussoribus prosunt et contra omnes actores opponi possunt; aliae certis tantum personis vel contra certos actores dantur (9).

II. In exceptiones *dilatorias* sive *temporales*, et *peremptorias* sive *perpetuas* (10). Atque exceptiones dilatoriae, quae ius, et ius agendi actoris, non destruunt, sed tantum impediunt iudicium et suspendunt efficacem usum iuris agendi, dirigi possunt:

a) Contra personam iudicis, quod v. g. competens non sit, aut forte suspectus existat, aut iuris sit imperitus, aut iam praeventus ab alio iudice. Quae exceptiones dicuntur *declinatoriae fori*.

b) Contra personam actoris vel ipsius procuratoris, quod v. g. actor sit excommunicatus aut procurator legitimum mandatum non habeat.

c) Contra ipsam causam vel actionem, quod v. g. tempus solutionis nondum advenerit, neque verificata sit conditio forte apposita.

tum iuris actoris. Id quod certis in circumstantiis v. gr. fieri potest per provocationem ad ius singulare seu particulare et peregrinum (v. gr. quondam ad ius Hispanicum quod valorem sponsalium).

(8) *Vering* l. c. § 121. V.

(9) Omnes exceptiones habentur pro realibus, donec ostendatur, quod ex legis dispositione vel partium conventionem ad certas personas restringantur. Cfr. *Zech* l. c. § 241.

(10) *Schmalzgr.* h. t. n. 6. de divisione exceptionum in perpetuas et temporales, quarum primae peremptoriae aliae dilatoriae etiam appellantur, notat: - Quod non est accipiendum de tempore, quasi tamdiu **duret ius** excipiendi; nam potest aliqua esse *peremptoria*, quae tamen nonnisi certo tempore datur, uti est exceptio non numeratae pecuniae, quae tantum durat biennium; et e contrario potest esse exceptio aliqua *dilatoria*, quae tamen durat *perpetuo* et nullo tempore praescribitur aut expirat. Sed *dilatoriae* quidem *temporales* dicuntur, quia actionem *non omnino perimunt*, sed ad tempus tantummodo differunt; peremptoriae autem perpetuae appellantur, quia *in perpetuum* actionem *perimunt* -. Quare ab effectu quem *producunt* dicuntur temporales vel perpetuae. De diversis exceptionibus, quae in specie competunt reo, cfr. *Durantis* l. c. l. I. tit. de reo.

Interdum *ipsum ius* potest esse extinctum, at interdum solum *ius agendi*, v. gr. si quis repellatur propter praesumptionem iuris et de iure ab accusatione matrimonii, ius agendi contra tale matrimonium non existit, at ius non est sublatum status liberi, si obiective defuit consensus matrimonialis.



d) Contra ordinem iudicarium non servatum, v. g. ratione loci vel temporis. Huiusmodi exceptiones speciali quadam ratione processuales dici possunt (11).

Peremptoriae vero exceptiones, quae ipsum ius actoris, aut saltem *ius agendi* in foro, absolute et in perpetuum ex-

(11) Exceptiones *facti* sive *intentionis* dicebantur illae, quae rem *ipso iure* perimunt, exceptiones *iuris* sive *actionis*, quae rem perimunt ope exceptionis. Cfr. de hac distinctione Glossam in cap. 1. de litis contest. II. 13. in Sext. et in cap. unic. de except. II. 10. in Clem.; *Renaud* l. c. § 91. not. 4., et praesertim *Wetzell* l. c. § 17. Distinctio illa exceptionum in exceptiones *iuris* et *facti* introducta est a glossatoribus, atque exceptionibus *facti* adnumeratae sunt exceptio transactionis, rei iudicatae, praescriptionis, iurisiurandi, etc. Ex his exceptionibus *facti* per glossatores introducta est illa *species* exceptionum litem impediendum. Cfr. *Muechel* l. c. p. 83. Illa quoque divisio est commemoranda, qua aliae exceptiones dicebantur *facti*, quae opponebantur a reo actori, cui nulla competeat actio, v. gr. si quis convenitur ex contractu, qui numquam fuit initus, vel si ex solutione iam prius facta actio sublata est; aliae *iuris*, si actori *summo iure* ius agendi competeat, sed ex legum dispositione vel aequitate enervari poterat. Talis est exceptio doli vel metus. Cfr. *Zech* l. c. § 241.; *Muechel* l. c. p. 83. sq.; *Zallinger* h. t. §§ 332. 333.

Exceptiones *civiles* dicebantur illae, quae iure civili fuerant introductae; *praetoriae* vero ob aequitatem naturalem a Praetore sunt concessae. Cfr. § 7. Inst. de exception.

Praeterea distinctae sunt exceptiones *nominatae*, quae speciale nomen habuerunt in iure, et *innominatae* sive in factum, quae speciali nomine caruerunt, sicut actiones aliae fuerunt *nominatae*, aliae in factum.

*Schmalzgrueber* h. t. n. 4. triplicem speciem exceptionum enumerat:

1<sup>o</sup> earum, quae ostendunt ius *numquam extitisse*, v. gr. contractum non fuisse celebratum;

2<sup>o</sup> earum, quae probant ius, quod aliquando exstiterat, fuisse extinctum, v. gr. exceptiones rei iudicatae, transactionis, compromissi, solutionis, pacti de non petendo, praescriptionis, atque *similes* exceptiones quae dicuntur *litis finitae*;

3<sup>o</sup> earum, quae ius agendi adversario non penitus sublatum esse supponunt, sed asserunt factum fuisse inefficax, eo quod exceptione v. gr. *metus* elidatur.

Alia quoque commemoranda est divisio exceptionum, scilicet in *formales* et *materiales*. Priores diriguntur contra *formam* actionis et eum scopum habent ut reum liberent *ab observando iudicio*. Huc spectat exceptio fori incompetentis, litis pendens, etc. Posteriores diriguntur contra ipsum *ius actoris* sive *petitum*, et earum scopus est, ut ipsum *ius actoris* sive *petitum* *reiiciatur*. Apud Romanos priores exceptiones in iure fuerunt proponendae, et a magistratu vel constitutione *iudicis* vel denegatione *actionis* dirimebantur; aliae in *iudicio* sunt definitae.

Apud *Tancredum* h. t. § 2. etiam invenitur divisio exceptionum dilatoriarum in exceptiones dilatorias *solutionis* et exceptiones dilatorias *iudicii*: at non est divisio practici momenti, nec in Decretales transiit, et in super patet ex ipsa natura rei.

cludunt et perimunt, aliae vel ipsum litis ingressum impediunt atque dicuntur " exceptiones peremptoriae litis finitae „, v. g. exceptio rei iudicatae, vel transactionis propter ius actoris numquam ortum vel omnino extinctum; aliae sunt " simpliciter peremptoriae „ et in quacunque litis parte proponi possunt, neque ius in actore iam extinctum esse supponunt, attamen plane inefficax, quod ipsa exceptione rei elidatur et perimatur. Tales sunt v. g. non raro exceptiones doli, metus, erroris ex contractu rescindibili (12).

**412. Notae historicae.** Exceptiones, cum ab ipso iure naturali sint repetendae, quatenus vim defensionis iustae habent, nemini adimendae (13), inde a primis saeculis in foro quoque ecclesiastico fuerunt receptae. Hinc iam S. Athanasius, cum ad Concilium Caesareae Palaestinae a. 334. celebrandum citaretur, illuc ire recusavit, ea usus exceptione, quod Episcopus illius civitatis aliique Episcopi Ariani sibi essent suspecti (14). Simili exceptione S. Chrysostomus usus est contra Synodum ad Quercum a. 403. ab inimico suo Theophilo convocatam (15). Item S. Athanasius, cum accusatus fuisset, quod in magna ecclesia synaxim celebrasset, priusquam dedicaretur, factum agnovit, at duplici iuris exceptione rem legitime factam esse respondit (16). Denique Pseudosynodo a. 404., S. Chrysostomum citanti atque condemnanti propter c. 4. 12. Concilii Antiocheni a. 431., idem Sanctus iuris exceptionem opposuit, nullam esse auctoritatem illorum canonum, utpote conditorum a Synodo Ariana (17).

Generatim in hac quoque materia Ecclesia adoptavit ius Romanum, sed in aliquibus quaestionibus immutavit. Ita v. g. Innocentius III. a. 1204. in epistola decretali = cap. 4. X. h. t. successivam propositionem exceptionum dilatoriarum restrinxit, neque L. 19. Cod. de prob. IV. 19., quoad probationem

(12) Cfr. *Zech* l. c. § 241.; *Muechel* l. c. p. 82. sq. Quae divisio exceptionum peremptoriarum, licet in fontibus solidum habeat fundamentum (cfr. cap. 1. 2. de litis cont. II. 3. in Sext.), tamen auctores non omnino conveniunt, quatenam exceptiones primae speciei sint adnumerandae. Cfr. *Muechel* l. c. p. 82. sq.; *Passerin* l. c. in cit. cap. 1. de lit. contest. n. 1. sq. 98. sq.

(13) Cap. 5. 10. 14. X. h. t.; cap. 13. X. de offic. et pot. iud. deleg. I. 29.; *Zallinger* h. t. §§ 335. 336.

(14) *Hefele*, Conciliengesch. I. p. 459. sq.

(15) *Hefele* l. c. p. 89. sq.

(16) Scilicet 1<sup>o</sup> se necessitate compulsus id fecisse; 2<sup>o</sup> plura esse Patrum exempla quibus eadem praxis probaretur. *Ponsius* l. c. p. 120.

(17) *Hefele* l. c. II. p. 97.

exceptionum dilatoriarum, si obvius illius sensus retineatur, in foro ecclesiastico est recepta (18). Denique in Decretalibus Bonifacii VIII. h. t. doctrina Glossatorum de exceptionibus facti litisque finitae quoad substantiam ab Innocentio IV. et Bonifacio VIII. probatur (19).

### § 1. DE IURE PROPONENDI EXCEPTIONES.

413. "Qui ad agendum admittitur, est ad excipiendum multo magis admittendus „ (20). Hinc cum exceptio sit favorabilior actione, non raro ad excipiendum admittitur, cui actio negatur (21), atque adeo reconventio (22). Qui favor maxime con-

(18) Cfr. cap. 61. de appell. X. II. 28. et dict. *Gratiani* c. 2. C. III. q. 6.; *Muechel* l. c. p. 74. 76.

(19) *Innoc. IV.*, Commentaria lib. II. tit. d. litis contest. § Exceptionis peremptoriae; idem *Innocentius IV.* cap. 1. h. t. in Sext., propter abusum exceptionis excommunicationis, certum modum illam proponendi et probandi constituit; *Passerin.* l. c. in cap. 1. et 2. h. t. in Sext.; *Muechel* l. c. p. 82. sq.

(20) R. I. 71. V. 12. in Sext.; R. I. 156. § 1. D. L. 17.

(21) L. 7. § 4. D. de pact. II. 14., qua pactis nudis negatur actio, sed conceditur exceptio.

(22) Sic v. gr. excommunicato negatur reconventio et tamen conceditur ius excipiendi, quemadmodum appellatio non est interdicta, quia appellatio et ipsa est species defensionis, et si sententia contra innocentem lata transiret in rem iudicatam grave damnum ei infligeretur. Cfr. *Schmalzgrueber* l. c. n. 14. sq.; ceterum hoc clare deducitur ex cap. 5. h. t.

Neque obstat, quod qui excipit fit actor (cfr. L. 19. D. de prob.); nam non fit actor simpliciter, sed tantum *per accidens* et secundum quid, scilicet ad probandam suam *exceptionem*.

Porro excommunicatus etiam prosequi potest appellationem, quia secus eius ius esset illusorium; et insuper hoc patet ex cap. 11. h. t.

Denique excommunicatus etiam rescriptum obtinere potest, ut iudex delegetur, qui de causa appellationis cognoscat (cfr. cap. 10. h. t.); cui enim concessus est finis, etiam media ad hoc opportuna non negantur.

Tandem hoc procedit, etiamsi excommunicatus fuerit propter causam a qua appellavit; nam cap. 1. de rescript. in Sext. generaliter et indistincte admittitur excommunicatus ad impetrandum rescriptum in causa excommunicationis vel appellationis. Neque obstant cap. 36. X. de off. et pot. iud. del. I. 29. vel cap. 40. X. de sent. excomm., V. 39., quibus statuitur excommunicatum appellantem prius non esse audiendum, quam ab excommunicatione sit absolutus; id enim intelligendum est, quando quis ab ipsa excommunicationis sententia appellat; tunc enim prius absolvendus est, antequam ad litigandum de iniustitia excommunicationis admittatur.

Si uterque litigator sit excommunicatus excommunicatione maiori et reus opponat auctori excommunicationem, actor replicatione exceptionis nequit repellere reum. Cfr. cap. 2. h. t. X. Nam in casu non habet locum compensatio excommunicationis in utroque, quia favorabiliores sunt partes

cedendus est reis, quoniam exceptio est species defensionis et quoad substantiam nititur ipso iure naturali; ergo quicumque reus (23) etiam excommunicatus, vel alias inhabilis ad agendum, actori eiusque haeredibus (24) exceptionem opponere potest (25).

414. Cum exceptiones, ut iustae inserviunt defensionis, sint iuris naturalis, ne a Romano quidem Pontifice negligi vel abrogari possunt. Quodsi iudex delegatus a Sede Apostolica causam accipiat definiendam sub certa forma, semper debet rationabiles exceptiones admittere et si in litteris apostolicis exprimatur, "quod nullae debeant exceptiones admitti", id

rei, cui defensio non est neganda. Multo minus actor, cui reus opponit excommunicationem maiorem, eundem per exceptionem excommunicationis minoris repellere valet, quia excommunicatio minor nostra aetate non amplius existit et non aerebat a communione forensi, sed a perceptione sacramentorum. Cfr. cap. 2. h. t. Hinc nostra aetate plane inutilis est quaestio num actor excommunicatus repellere possit reum excommunicatum excommunicatione minori ligatum propter communicationem cum actore excommunicato excommunicatione maiori. Verum etiam iure antiquo actor exceptionem talis rei per replicationem non potuisset repellere. Cfr. *Schmalzgrueber* h. t. n. 18. 19.

Qui infamis vel alias criminosus est, nihilominus actori opponere potest exceptionem infamiae vel criminis, non obstante proprio crimine. Cfr. *Schmalzgrueber* h. t. n. 19. Nam ut quis in iudicio possit excipere non requiritur ut sit habilis ad agendum. Qua in re videtur addenda illa singularis dispositio, qua quis contra alium pluralitatem beneficiorum excipere non potest, qui ipse plura beneficia possidet. Cfr. cap. 3. X. h. t.; *Schmalzgrueber* h. t. n. 40. 41. 42.

Ut opponi possit exceptio rei iudicatae requiritur: 1<sup>o</sup> ut eadem res petatur; 2<sup>o</sup> ut eadem petendi causa subsit; 3<sup>o</sup> ut eadem personarum conditio concurrat. Quod si una ex his conditionibus desit, haec exceptio opponi nequit, sed reus iterum conveniri potest. Cfr. cap. 13. X. h. t. At si exceptio tribus his requisitis sit praedita, opponi potest non tantum coram eo iudice, a quo lata est sententia, sed etiam, si causa fuerit mixti fori et sententia lata sit a iudice ecclesiastico, coram iudice saeculari, et vicissim, ut deciditur cap. ult. h. t. in Sext.

Nam per sententiam pars acquirit ius, quod iudex alterius fori laedere non debet, et praeterea videtur dignitas et iurisdictio alterius fori contemni. Denique iudicia utriusque fori sibi invicem subsidio esse debent. Sed ipse *Schmalzgr.* excipit h. t. n. 49., si sententia iudicis saecularis iuncta sit cum periculo animae, iudex ecclesiasticus ei deferre non debet. Cfr. quae tradit *Leuren* de hac materia infra in tit. de foro competente.

(23) Cap. 3. X. h. t. (citatur in not. praec.), quod qui ipse complura beneficia possideat nequeat excipere contra alium de pluralitate beneficiorum.

(24) Exceptiones reo competentes etiam eius haeredibus et fideiusso-ribus prosunt, si sint exceptiones reales; secus dicendum, si sint mere personales. Cfr. *Schmalzgr.* h. t. n. 38. 39.

(25) *Schmalzgr.* h. t. n. 7. 8. 11. sq.; *Kober*, D. Kirchenbann p. 422. sq.



imprimis intelligendum est de frivolis et irrationabilibus exceptionibus; illa vero clausula ad rationabiles exceptiones non solet extendi, et si extenderetur, illas solummodo comprehenderet exceptiones, quae iuris sunt meri humani, cui Romanus Pontifex derogare potest. Quo in casu plane extraordinario et vix unquam pratico, ut ipse Alexander III. cap. 13. X. de off. et pot. iud. deleg. I. 29. insinuat, iudici delegato standum esset tenori rescripti pontificii.

Multo minus igitur quilibet alii inferiores iudices, sive ordinarii sive delegati, quibus nulla data est potestas mutandi ius commune, exceptiones rei legitimas negligere valent. Quod si fieret, iure Decretalium, contra formalem aut aequivalentem sententiam interlocutoriam iudicis, iniuste reiicientem exceptionem, potuit interponi appellatio ad superiore iudicem (26). Quae Decretalium dispositio exigenda est ad terminos Concilii Tridentini Sess. XXIV. cap. 20. de ref., quo appellatio permissa non est, “ nisi a definitiva vel a definitivae vim habente et cuius gravamen per appellationem a definitiva reparari nequeat „ (27).

415. Licet actor non possit plures proponere actiones, sed unam ex illis eligere debeat (28), tamen reus pluribus diversisque uti exceptionibus non prohibetur (29).

Nam exceptiones habent rationem defensionum, sed “ nullus pluribus uti defensionibus prohibetur „, ut dicitur in R. I. 20. V. 12. in Sext. (30). Neque quidquam obstat, quominus reus etiam contrariis exceptionibus utatur, quae simul verae esse non possunt, quoniam reus, si oppositas exceptiones proponit, nequaquam asserit, illas simul esse veras (etenim ut

(26) Cap. 67. X. de appell. II. 28.; cap. 7. h. t.

(27) Ph. Hergenröther Die Appellat. p. 45. sq.; Passerin. in cap. 1. de lit. cont. in Sext. n. 90. 91. 95.

(28) R. I. 43. § 1. D. L. 17.

(29) L. 5. 8. D. de except. XLIV. 1. Cum, ut dictum est, reus excipiendo fiat actor, non quidem simpliciter sed tantum secundum quid, quae de actore simpliciter statuta sunt, nequeunt extendi ad reum excipientem sive agentem secundum quid; etenim iura magis favent reo eiusque defensioni; sed si reus excipiens equipararetur actori, non solum favor ipsi negaretur, sed potius maiori rigore et adeo iniustitia quadam tractaretur, cum ne aequalitas quidem servaretur inter actorem et reum; nam agere simpliciter et agere secundum quid non sunt actiones aequales neque aequali ratione tractandae.

Quare qui proponit exceptionem facti non prohibetur proponere exceptionem iuris.

(30) Cfr. quoque Schmalzgr. h. t. n. 30.



fert paroemia iuris, " qui excipit, non fatetur „ (31), sed suam manifestat intentionem, quod aliis exceptionibus sese defendere velit, si forte in probanda prima exceptione deficiat. Quare huiusmodi exceptiones contrariae non copulative, sed disiunctive sive alternative sive in eventum proponuntur. Quod ex natura rei licitum esse demonstratur, id etiam cap. 15. X. de praescript. II. 26. evidenter confirmatur atque ex eodem capite illud quoque efficitur, quod simultanea propositio exceptionum etiam contrariarum nullo iure sit interdicta; quoad successivam vero exceptionum propositionem in foro ecclesiastico sub poena praeclusionis standum est cap. 4. X. h. t. nisi agatur de casibus ibidem exceptis (32).

## § 2. DE TEMPORE PROPONENDI EXCEPTIONES.

416. Exceptiones dilatoriae, maxime illae, quae respiciunt personas et modum processus, proponendae sunt ante litis contestationem (33); secus quis censetur iis renuntiasse (34),

(31) Paroemia illa iuris " qui excipit non fatetur „ iam enuntiatur a Glossa v. Assecuti cap. 1. de testib. in Sext.

Cfr. cap. 6. de fide instr. § Ceterum: " Quod meum est ex una causa, meum fieri non potest ex alia causa, nisi meum esse desierit „.

Hinc qui possidet praedium titulo *haereditatis*, non potest illud idem habere ex *alio* titulo, nisi prior titulus desierit, nam posito valore iuridico prioris tituli, titulus superveniens nihil operatur, v. gr. emptio. Quare contrarietas exceptionum non est *intrinseca*, quasi idem affirmaretur et negaretur, sed est contrarietas secundum sensum et intentionem.

*Santi* h. t. n. 11. et *De Angelis* h. t. p. 172. tenent etiam ex intervallo sive successive posse proponi exceptiones. " Nam iura non distinguunt successionem et simultaneam propositionem plurium exceptionum „. At quoad hanc assertionem illa limitatio videtur omnino addenda, quam commemorat *Zallinger* h. t. § 339.: " Quia non repugnat ut aliquis pluribus exceptionibus et *successive* utatur (L. 5. 8. D. h. t.), iure canonico cautum est, ne forte per dilatorias exceptiones causarum terminatio prorogetur, ut intra certum tempus a iudice assignandum omnes *dilatoriae* proponantur, et quidem sub poena praeclusi, nisi in casibus exceptis „.

Contrarietas existit si quis contendat v. gr. se esse exemptum ex privilegio a decimis solvendis, et simul non admittat se talem titulum legitime praescripsisse; vel si reus negat adulterium et admittit esse rationes negandi petitam separationem, v. gr. propter condonationem factam aut adulterium ex parte actoris commissum.

(32) *Zallinger* h. t. § 339.; *Schmalzgr.* h. t. n. 31.; *Schulte*, Eheprocess. § 25. IV. § 29.

(33) Cap. 20. X. de sent. et re iud. II. 27.

(34) Cap. 20. X. de sent. et re iud. II. 27. nuper cit.

nisi speciali protestatione sibi reservaverit ius excipiendi (35) et cap. 4. X. h. t. sub poena praeclusionis cautum est, ut intra certum tempus, a iudice assignandum, omnes dilatoriae (36) exceptiones proponantur, ne forte per dilatorias exceptiones causarum terminatio prorogetur. Qua regula non prohibetur exceptio, etiam elapso termino peremptorio a iudice ecclesiastico constituto:

I. Si exceptio de novo orta est (37).

II. Si ante terminum exstitit, quidem exceptio, sed qui eam opponere vult, iuramento fidem faciat, se postmodum ad illius notitiam pervenisse (38). Denique tali termino peremptorio non adstringuntur illae exceptiones dilatoriae, quibus nulli irritique declarentur omnes actus iudiciales praecedentes, velut exceptio contra laicum, qui iudex exstitit in causa mere spiritali. Singularis quoque est dispositio de exceptione excommunicationis, contra iudicem vel actorem prolata, quae, licet dilatoria sit, in quacunque iudiciorum parte effectum habet (39), non obstante termino peremptorio a iudice assignato ad proponendas exceptiones dilatorias (40).

417. Exceptiones peremptoriae illae, quae dicuntur litis finitae atque vel ipsum ingressum litis impediunt, velut exce-

(35) *De Angelis* h. t. p. 174. docet non sufficere protestationem in genere - salvis aliis exceptionibus -, sed illas nominatim et in specie et in scriptis esse exprimendas. At cap. 4. h. t. tantum dicitur - quas non fuerint protestatae -, quae verba sane intelligenda sunt de specialiter expressis, sed de forma scripta nihil illis verbis continetur.

Et uno verbo omnes exceptiones quae tendunt ad processum saltem pro tempore impediendum.

(36) Ex iure scripto potestas iudicis ecclesiastici assignandi terminum peremptorium restricta est ad solas exceptiones dilatorias (cfr. cit. cap. 4. X. h. t.), sed consuetudine etiam ad exceptiones peremptorias extensa est, salvis praesertim exceptionibus pro ipsis exceptionibus dilatoriis iam admissis. Cfr. *Durantis* h. t. § Dicto n. 4.; *Schmalzgr.* h. t. n. 27.; *Schulte*, *Eheproc.* § 29.; *Passerin.* in cap. 1. de lit. cont. in Sext. n. 133. sq. In eo quod dilatoriae exceptiones intra terminum a iudice designandum sint allegandae iuxta cap. 4. h. t. X., ius canonicum differt a iure Romano. Quae immutatio cit. cap. 4. X. h. t. ab Innocentio III. introducta est a. 1204. et in sapientissima illa dispositione habetur vestigium proceduræ eventualis.

(37) V. gr. si actor committat spoliū, aut postea incidat in excommunicationem.

(38) Cap. 4. X. h. t.

(39) Cap. 1. h. t. in Sext. Agitur enim de salute animarum quae ex commercio cum excommunicato periclitatur. Cfr. cap. 12. X. h. t.; *Devoli*, *Inst. can.* h. t. § 10.

(40) Cap. 12. X. h. t.; cap. unic. h. t. in Clem.

ptio transactionis vel rei iudicatae, ante litis contestationem sunt proponendae (41). Quod enim iudicio finitum est, non denuo iudicio est subiciendum, ne lites perpetuentur (42).

Reliquae exceptiones peremptoriae ordinarie nonnisi post litis contestationem et ante conclusionem in causa et sententiam latam utiliter proponi possunt (43). Nam huiusmodi exceptiones, cum litis ingressum non absolute impendant, proponi solummodo possunt, si actio revera in iudicium est deducta. Id quod fit per litis contestationem, qua aperte constat, de quonam iure versetur controversia (44). Porro exceptiones habent rationem defensionum, at post conclusionem in causa ulterioribus probationibus et defensionibus via est praeclusa atque adeo per sententiam lis iam est decisa.

Post sententiam latam exceptiones peremptoriae non iam proponi possunt, sed ordinarie confugiendum est ad appellationem, vel ad restitutionem in integrum, praesertim si sententia iam transierit in rem iudicatam. At etiam post sententiam latam opponi potest exceptio peremptoria, quae im-

(41) Cap. 1. 2. de lit. contest. II. 3. in Sext.

(42) Postquam enim iudicatum est, non iam quaeritur num quid debeat, sed utrum iudicatum sit necne. Item exceptio notoria ante litis contestationem proponi non prohibetur, quoniam notoria in iudicium deduci non possunt. Cfr. cap. 10. X. de filiis presbyter.

(43) Cap. 1. 2. II. 3. in Sext. « Utiliter », idest proponi quidem possunt, sed non retardant iudicium.

(44) Exceptio peremptoria inutiliter proponitur, antequam saltem in genere constet, an actor possit vel non suam demonstrare intentionem. Nam si actor prorsus careat probationibus eo ipso absque exceptione reus absolvitur. Ita fere *Santi* h. t. n. 14.

Exceptiones dilatoriae in prima instantia omissae regulariter in secunda instantia opponi non possunt, ob clarum textum L. Ita demum Cod. de proc., ubi exceptio inhabilitatis ad munus procuratoris in prima instantia omissa, in secunda autem obiecta militi non fuit admissa; idque iure merito. Nam qui exceptionem dilatoriam contra personam iudicis, actoris, procuratoris neglexit opponere, censetur eas approbasse et iuri opponendi renuntiassse. Excipiendae vero sunt exceptiones, quae non inhabilitatem personae, sed defectum aut insufficientiam mandati in procuratore concernunt: hae enim semper opponi possunt. L. Licet 24. Cod. de proc., idemque dicendum de casibus, quos refert *Schmalzgr.* h. t. n. 21. 22. Neque huic assertioni obstat L. 4. Per hanc divinam Cod. de temp. et repar. app. VII. 63., quia illa facultas allegandi non est intelligenda de iis exceptionibus dilatoriis, quarum ordinarium tempus allegandi est ante litis contestationem.

Hinc in secunda instantia eae tantum exceptiones proponi possunt, quarum tempus allegandi in prima instantia lapsus non est; iamvero tempus ordinarium allegandi dilatorias est ante litis contestationem.

pugnat valorem sententiae ex quacumque causa, v. g. si ex falsis instrumentis lata sit (45). Nam iudex ferendo sententiam nullam nondum functus est officio suo ideoque de nullitate sententiae denuo cognoscere potest.

Praeterea non excluduntur exceptiones, quibus sententiae rescinduntur, velut exceptio restitutionis in integrum (46). Denique etiam admittuntur illae exceptiones, quae non actioni vel sententiae opponuntur, sed principaliter executionem impediunt vel moderantur sive modum praefigunt, v. g. si clericus petat, ut executio fiat salvo suo privilegio competentiae (47). Etenim nequit supponi aliquem renuntiasset his exceptionibus, quae ad solam executionem referantur, licet illas ante sententiam non proposuerit (48).

### § 3. DE FORMA ET MODO PROPONENDI EXCEPTIONES.

418. Exceptiones sive dilatoriae sive peremptoriae, ut effectum consequantur, ordinarie ab ipso reo sunt allegandae, nisi in casibus, quibus ex officio iudici ipsi haec cura est iniuncta et ex actis sunt notoriae, velut exceptio contra excommunicatum vitandum (49), aut quae ipso iure contrariam actionem elidit. Nam reus si allegationem omittat, censetur renunciare iuri suo.

Proponi vero possunt exceptiones in foro ecclesiastico, sive scripto sive viva voce, modo in acta redigantur et clare exprimantur ius et causa excipiendi. Tandem si plures proponantur exceptiones, ordo debitus est servandus (50). Quare primo loco illae exceptiones proponi debent, quibus ipsa competentia et persona iudicis impugnatur, deinde aliae op-

(45) Cap. 6. X. h. t.

(46) L. 36. D. de minor. IV. 4.

(47) Cfr. quoque L. 11. D. de SC. Maced. IV. 6.; L. 2. Cod. de compensat. IV. 31.

(48) *Schmalzgr.* h. t. n. 23. 24.; *Muechel* l. c. p. 74. 82.

(49) Cap. 12. X. h. t.

(50) In ipsis Decretalibus quoad exceptiones dilatorias certus ordo proponendi non est praescriptus; at Glossa (in cap. 4. X. h. t.) et Glossatores satis communiter conveniunt (cfr. *Durantis* l. c. l. II. part. 1. tit. de recusatione). exceptiones contra personam et iurisdictionem iudicis primo loco esse proponendas et inter has iterum primo loco exceptionem iudicis suspecti. Cfr. *Bonaguia* P. II. tit. 3; *Devoti*, Inst. can. l. III. tit. 10. § 9. Quare reus imprimis declarare debet, num iudicem competentem agnoscat; si alias exceptiones allegat, censetur tacite in iudicem consentire.



ponuntur personae actoris vel eius procuratoris, tandem aliae, quae ratione causae vel ordinis iudiciarii competunt (51).

419. Verum non tantum allegari, sed etiam iusto tempore a reo legitime probari debent exceptiones propositae. Etenim reus excipiendo fit actor, sed actoris est suam intentionem probare (52). Quare exceptiones dilatoriae, ut ordinarie ante litis contestationem opponuntur, ita etiam ordinarie ante illam sunt probandae. Nam rectus iudicii ordo omnino exigit, ut antequam iudex ad ulteriora procedat, per sententiam interlocutoriam de exceptionibus illis pronuntiet. Quod ut legitime fiat, praemittenda est probatio et cognitio exceptionis dilatoriae (53). Cfr. quoque dictum Gratiani post c. 2. C. III. q. 6. "Exceptio fori dilatoria est atque ideo in initio litis debet opponi et probari; peremptorias autem exceptiones (ut sunt praescriptiones longi temporis) sufficit in initio litis contestari „ (54).

Quoad necessitatem probationis ante litem contestatam, exceptionibus dilatoriis aequiparantur illae exceptiones peremptoriae, quae dicuntur litis finitae. Nam illae exceptiones vel ipsum litis ingressum sive litis contestationem impediunt, ergo evidenter ante litem contestatam non tantum sunt proponendae, sed etiam probandae (55). Aliae exceptiones peremptoriae solummodo post litem contestatam probari debent, quia lite nondum contestata reus non absolveretur, ideoque nulla utilitas existeret reo probandi illas exceptiones (56).

(51) *Tancred.* l. c. § 1.; *Schmalzgr.* h. t. n. 29.; *Muechel* l. c. p. 75.

(52) Exceptiones enim continent nova facta, non meras negationes, sed facta sunt probanda. Cfr. L. 1. D. de exceptionib. XLIV. 1.; L. 19. D. de prob. XXII. 3.; cap. 1. X. h. t.

(53) Porro si exceptio liberare debet saltem ad obligatione litem contestandi, sane ante litis contestationem est probanda.

(54) Exceptionem, qua iudex recusatur ut suspectus, non tantum initio litis esse allegandam, sed probandam, antequam in causa procedatur, patet ex cap. 61. X. de appell. II. 28. Cfr. *Durantis* l. c. l. II. partic. 2. tit. de except. § Dicto n. 1.; *Tancred.* l. c. eod. tit. § 1.; *Schmalzgr.* h. t. n. 31. 32.; *Muechel* l. c. p. 76.

(55) Cap. 1. 2. de litis contestat. II. 3. in Sext.; *Passerin.* l. c. in haec cap. praesertim in cap. 1. n. 142.; *Durantis* l. c.; *Muechel* l. c. p. 82. sq.; *Durantis* l. c. ait: "Hoc autem fallit (idest exceptionem peremptoriam esse probandam post litis contestationem) in quibusdam exceptionibus, quae impediunt litis contestationem, ut dicitur „. Hinc patet iam ipsum *Durantis* probe cognovisse duplicem illam speciem exceptionum; at apud *Tancredum* haec distinctio quoad diversos effectus nondum clare apparet, quia scire nondum potuit cap. Innocentii III. et Bonifacii VIII. Cfr. *Muechel* l. c.

(56) Cap. 1. 2. de lit. cont.; *Passerin.* et *Durantis* l. c.; *Tancred.* l. c. §§ 2. 3.



Cum exceptio excommunicationis singulares nacta sit favores in iure (57), ne homines mali hac exceptione ad lites protrahendas abutantur, cap. 1. h. t. in Sext. cautum est, ut reus qui ea utatur, excommunicationis speciem et nomen exprimat eamque intra octo dies probet; alias iudex procedit in causa et reum in expensis condemnat.

§ 4. DE EFFECTIBUS EXCEPTIONUM (58).

420. Exceptio imprimis efficit, ut reus excipiendo fiat actor quoad onus probandi, non quoad alia, ideoque contrahit obligationem probandi, legitimo tempore et modo, exceptionem propositam (59).

421. Exceptio dilatoria rite probata ad tempus liberat reum ab observatione iudicii, peremptoria vero in perpetuum ab instituta actione, postquam de probata exceptione a iudice ecclesiastico interloquendo pronuntiatum est (60).

422. Quia aequitas non patitur, ut quod in alicuius commodum et defensionem comparatum est, id ad eius dispendium detorqueatur (61), exceptio saltem pura et simplex (62) nec tacitam nec expressam involvit confessionem, et standum est R. I. 63. in Sext.: "Exceptionem obiiiciens non videtur de intentione adversarii confiteri „. Hinc etiamsi reus in probanda exceptione deficiat, actor causam non obtinet, quoniam in causa principali secundum probationes actoris, quibus

(57) Cap. 2. 8. 12. X. h. t.; cap. unic. h. t. in Clem.

(58) Finis exceptionum probe aperitur in Inst. h. t. pr., ubi dicitur: "Comparatae sunt exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur; saepe enim accidit, ut, licet ipsa persecutio, qua actor experitur, iusta sit, tamen iniqua sit adversus eum, cum quo agitur „, idest propter circumstantias facti.

Si probata exceptio fuerit, excludit "id, quod in intentionem condemnationemve deductum est „. L. 2. pr. D. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 34.

(59) L. 1. D. h. t.

(60) L. 2. § 4. D. h. t. Quin imo si in exceptione peremptoria in favorem rei lata sit sententia, oritur exceptio rei iudicatae, quae semper removet actorem etiam in posterum agere volentem.

(61) Cfr. R. I. 61 et 73. in Sext.

(62) Aliud sane dicendum, si exceptio non esset pura, sed involveret factum distinctum ab exceptione, quo confessio adnecteretur exceptioni, v. gr. fateor debitum, sed solvi; vel tu mihi pactus es de eo non petendo. Quo in casu confessio est plane separata ab exceptione ideoque actor, reiecta exceptione, recte sese fundat in confessione absoluta et distincta rei.

intentionem suam demonstrare debet, non secundum exceptiones rei sententia est ferenda (63).

423. Speciatim si exceptio excommunicationis (64) durante eodem iudicio iterum obiciatur, et probetur eadem vel alia, actor repellitur, sed quae acta sunt valent (65). Ultra duas tamen vices haec exceptio opponi non potest (66), praeterquam si excommunicatio nova emergerit, vel evidens et prompta probatio supervenerit de antiqua. Quodsi haec exceptio excommunicationis proponatur post sententiam latam, impedit quidem executionem sententiae (67), sed ipsa sententia manet valida (68).

(63) *Schmalzgr.* h. t. n. 34. sq. Nam actus agentium non operantur ultra intentionem illorum. Cfr. L. Non omnis 19. D. de reb. cred. Sed exceptio non ea mente intenditur, ut fundet intentionem actoris per confessionem, sed ut illam elidat; secus produceret simul duos effectus contrarios, quod fieri nequit.

Denique reus, actore non probante, eo ipso absolvendus est, licet ipse nihil praestiterit. Quare si actor nihil probet, reus absolvendus est, licet in probanda exceptione defecerit, quoniam ea tantum conditione reus censetur excipere, "si actor probaverit".

Huic sententiae non obstat cap. Praeterea 10. X. de transact. l. 36.; ibi enim agebatur de confessione rei, qua intentio actoris plene probabatur; neque cap. Venerabilem 34. v. Fuit X. de elect. l. 6., nam is de quo ibi agitur, petens absolvi ab excommunicatione, videtur fateri ipsam excommunicationem, non autem is, qui opponit absolutionem, cum absolutio dari possit etiam ad cautelam; neque etiam cap. Cum olim 19. X. de censibus lll. 39., nam qui instrumentum produxit et illud approbavit, fundans in eo suam intentionem, nequit postea illud reprobare.

(64) Exceptio excommunicationis duplicem potest habere effectum: 1<sup>o</sup> peremptorium, quando opponitur ad effectum annullandi electionem vel collationem beneficii factam excommunicato; 2<sup>o</sup> dilatorium, quando opponitur actori maior excommunicatio, qua quamdiu ligatus est, in iudicio stare non potest.

(65) Cfr. R. l. 73. in Sext.: "Factum legitime retractari non debet, licet casus postea eveniat, a quo non potuit inchoari".

(66) Nam qui toties obicit exceptionem criminis neque eandem sufficienter probat, praesumitur malitiosus calumniator et dolosus litis prolongator. Cfr. cap. 3. X. de test.

(67) Etenim executio sententiae est species quaedam actionis, quae oritur ex iudicio; at excommunicati actiones intentare prohibentur.

Per se exceptio excommunicationis esset admittenda etiam in foro saeculari. Cfr. *Kober* l. c. At iam medio aevo hac de re exstitit difficultas. Ita v. gr. redactores iuris municipalis Florentini a. 1415. huius exceptionis usum in foro saeculari prohibuerunt; idem accidit in nonnullis aliis collectionibus iuris in Germania; at in praxi tribunalium saecularium haec exceptio ibidem fuit admissa. Cfr. *Muechel* l. c. p. 82.

(68) Cap. l. h. t. de except.; *Schmalzgr.* h. t. n. 12. sq. 50. 51.; *Muechel*

## § 5. DE CESSATIONE EXCEPTIONUM.

424. Exceptiones tolluntur<sup>3</sup>

I. Morte, si sint personae cohaerentes, vel tantum in certam personam competunt (69), secus transeunt etiam in alios, velut in haeredes (70).

II. Praeclusionem, si elapso termino peremptorio proponuntur, aut tanquam aperte frivolae a iudice ecclesiastico reiiciuntur ex officio (71).

l. c. p. 80. sq. Cfr. de effectibus diversarum exceptionum in specie: *Passerin.* in cap. 1. de litis contest. in Sext. n. 45. sq. Controversia quaedam specialis existit, num probatio exceptionis criminis contra testem prolatae, illam habeat efficaciam et vim ut de illo in iudicio puniri possit. Et profecto poena infligi non potest propter crimen probatum, si illud crimen principale negotium nequaquam tangit, ut docet *Schmalzgr.* h. t. n. 52.; *Laymann* h. t. alique.

Nam si crimen per modum exceptionis proponitur, regulariter non agitur de poena testi infligenda, sed de reiiciendo testimonio testis, cui fides non sit habenda. Qui scopus sufficienter obtinetur si a testimonio dicendo repellitur. Insuper iudex non potest procedere ultra petita in libello expressa; at actor non petit ut puniatur testis sed ut a testimonio dicendo repellatur. — Quod si crimen illud negotium principale tangat, sane *Barbosa* putat talem testem ne extraordinaria quidem poena esse castigandum, licet testis convictus sit de crimine excepto atque adeo confessus sit delictum. Cuius assertionis *Barbosa* eam assignat rationem quod sine iudicio instituto nulla possit infligi poena; at in casu verum iudicium de crimine non fuisse institutum contendit. Verum haec ratio certe non est peremptoria, cum crimen exceptum per cognitionem iudicis sit probatum et ipsa forte confessione manifestum, atque de connexis unum fieri soleat iudicium. Neque desunt argumenta positiva. Etenim L. 2. § 5. D. ad legem Iuliam de adult., si maritus accusat uxorem de adulterio et uxor excipit de lenocinio mariti, is punitur, licet uxor pariter a poena non excusetur. Quare idem de teste videtur asserendum. Quae autem *Schmalzgr.* l. c. disserit, videntur esse sub vario respectu antiquata. Etenim non satis attendit: 1<sup>o</sup> processum accusatorium iam pridem esse non multum in usu, sed iudicem procedere ex officio; et in tali casu, quo quis publice in iudicio crimen confessus est aut de eo convictus reperitur, sane sufficienter iudicis officium excitatur; 2<sup>o</sup> nostra aetate contra talem testem procul dubio mox accusationem proponeret promotor iustitiae.

(69) L. 7. pr. de exceptionib. XLIV. 1. Sicut etiam actiones non omnes ipsa morte actoris vel rei cessant. Cfr. *Arndts-Serafini* l. c. § 104.

(70) *Arndts-Serafini* §§ 102.-104.

(71) Cfr. quoque cap. 3. X. h. t. Ut exceptio tanquam defensio ex aequitate naturali merito admittitur, ita optimo iure repellitur ea, quae saltem relate ad eum, qui illam proponit, omni aequitate caret. Cfr. cit. 3. X. h. t. Rom. Pontifex iussit canonicis cuidam beneficium conferre; canonici exceperunt eum in alia ecclesia beneficium possidere; at Rom. Pontifex rescri-

III. Renuntiatione: sive tacita, v. g. si quis, omissis exceptionibus declinatoriis vel dilatoriis, illico causae principalis disceptationem iudicalem suscipit; sive expressa, dummodo persona vel materia renuntiationis sit capax et requisitae serventur conditiones (72).

IV. Praescriptione. Exceptiones ordinarie quidem sunt perpetuae (73); aequitas enim id postulat, "cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure, is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur" (74). Ergo merito reo conceditur ius opponendi exceptionem, quocunque tempore conveniatur, nisi ipsa natura sua exceptio certo tempori sit adstricta, veluti exceptio non petendi intra triennium. Nihilominus non desunt doctores, qui putant, praescriptionem currere saltem contra illas exceptiones, quae per modum actionis in iudicio deduci possunt, v. g. exceptio non numeratae pecuniae vel restitutionis in integrum, quae post quadriennium per modum exceptionis opponi non possit. Nam ratio allata in istis exceptionibus videtur cessare (75).

#### § 6. DE REPLICATIONIBUS.

425. Cum reus excipiendo fiat actor, ex lege de mutua concedenda audientia primo et principali actori insinuanda est exceptio rei, ut novis illis assertionibus iuris vel facti allegatis reo propriam defensionem opponere possit. Responsio illa actoris dicitur replicatio, quae definiri potest: Exceptionis elisio, qua actor reum adversus se excipientem repellit. Si actor ius vel factum a reo in exceptione allegatum simplici negatione comprobata refutare studeat, habetur replicatio sensu lato, si vero ipse pariter novis actionibus facti vel iuris

psit illos canonicos non posse exceptionem istam opponere "quos constaret varia beneficia in diversis ecclesiis obtinere". Cfr. *Schmalzgr.* h. t. n. 41. sq., ubi fusius hanc quaestionem explicat.

(72) Ita v. gr. SC. Macedoniano renuntiatio propter inhabilitatem personae et materiae nequit fieri; in renuntiatione vero SC. Velleiani requiritur certioratio mulieris.

(73) L. 5. 6. h. t.

(74) L. 5. § 6, D. de doli mali et metus exceptione XLIV. 4.

(75) *Zech* l. c. § 244 et praesertim *Muenchen* l. c. I. p. 333.; *Zech* l. c. pro assertionem textus iuris non citat, sed eam deducit "ex communi.... doctorem sententia", et tandem provocat ad *Mevium*. P. 3. decis. 333. Cum *Zech* conveniunt *Sommer*, *Unterholzner*, *Sinten*; at contradicunt *Savigny*, *Puchta*, *Brinz*, *Windscheid*, *Unger*, *Waechter*, *Arndts*.



exceptionem rei elidere conetur, replicatio sensu stricto existit (76). Cui replicationi reus, cum semper ultimus sit in respondendo, duplicationem opponere non prohibetur, ad notitiam cum actore communicandam (77). Quodsi novi quid allatum sit a reo in duplicatione, quod ulteriorem declarationem requirat, actor triplicatione uti potest sive per simplicem negationem probatam sive per novas assertiones. Denovo reus in quadruplicatione actori respondet (78).

At ne procedatur in infinitum (79) et lites frivolis replicationibus et duplicationibus protrahantur, iudicis arbitrio est relinquendum, ut modum imponat istis allegationibus partium (80), dummodo reus semper sit ultimus in respondendo. Maxime vero etiam reiicienda est replicatio, quae quamvis probata sit, non excludit exceptionem (81).

(76) Pr. Inst. de replication. IV. 14.; L. 27. § 2. D. de pact. II. 14.

(77) § 1. Inst. de replic. IV. 14.

(78) L. 2. § 3. D. de excep. XLIV. 1.; *Durantis* l. c. § Nunc dicend.; *Tancred.* l. c. § 5.

(79) In Camera imperiali quondam in dilatoriis exceptionibus ultra duplicationem, in peremptoriis ultra triplicationem secundum ordinem iudicarium non poterat procedi, sed in praxi istud statutum accurate observatum non est. Cfr. *Zech* l. c. § 245.

(80) Novell. 115. cap. 2. Quilibet ex litigantibus libellos suos intra praefixum terminum propriis sumptibus offert et curat alteri parti communicandos. Quae non ad instantiam, sed ex officio iudicis expediuntur, actoris expensis insinuantur. *Zech* l. c.

(81) L. 21. Cod. de probat. IV. 19.; *Schmalzgr.* h. t. n. 9. 10. 36.; *Devoti*, Inst. can. h. t. 12. Nam sicut ad exceptionem peremptoriam requiritur, ut per eam excludatur actio sive intentio aut ius agentis, ita ad omnem replicationem est necessaria exclusio exceptionis. Nam est principium iuris neminem admittendum esse ad probandam rem, quae probata non relevat. Cfr. L. 21. Cod. de prob. Atqui replicatio nisi elidat exceptionem non relevat replicantem neque exceptio non elisa agentem.

Quod de exceptione supra dictum est, scilicet excipientem non fateri, idem valet de replicatione, ut tenet Glossa in Reg. iur. 63. in Sext., et patet ex natura rei, quia exceptionis et replicationis eadem est natura. Cfr. L. 10. Cod. h. t. VIII. 36.: « Non exceptionibus actores, quibus reis auxilium tribuitur certis ex causis, sed replicationibus suam intentionem, si quam habent, muniant ».

*Devoti* l. c. § 12.: « Sed in foro ecclesiastico haec duplicationes triplicationesque non obtinent, verum iudex ex officio iis modum constituit et causam definit ».



## TITULUS XIX.

DE MUTUIS PETITIONIBUS  
SIVE DE RECONVENTIONIBUS (1).

(Lib. II. tit. 4. de mutuis petit.).

**426. Fontes :** L. 22. D. de iud. V. 1.; L. 14. Cod. de sentent. VII. 45.; Novell. 96. cap. 2.; Novell. 123. cap. 25. — Cpl. I. lib. II. tit. 4. de mutuis pet. coram eod. iudice; Cpl. II. lib. II. tit. 3. de mut. pet.; Cpl. V. lib. II. tit. 3. eod. — Decretal. Gregor. IX. lib. II. tit. 4. eod.

**Scriptores :** Arndts-Serafini l. c. § 99.; Renaud l. c. §§ 39. 60. 61. 152.; Wetzell l. c. §§ 41. 63. — Commentator. iur. Decretal. in h. t. — Zech l. c. tit. 19. de mutuis petit. et ord. cogn.; Devoti, Inst. can. lib. III. tit. 12. de mut. pet.; Tancred. l. c. P. II. tit. 19. de reconventionib. et mutuis petit.; Durantis l. c. lib. II. partic. 1. tit. de reconventionem; I. Urbach. l. c. P. I. cap. 28. de reconventionem — Ponsius l. c. p. 102.

## Praenotiones.

**427. Connexio materiae.** Reus postquam cognovit libellum ab actore oblatum et a iudice ad comparandum citatus est, in termino constituto nequaquam semper simplici tantum negatione respondet, aut solis exceptionibus sese defendit ad instar actoris, sed vera actione coram eodem iudice convenit actorem atque ut sibi ius debitum ab actore restituatur, iudicem rogat. Qua petitione rei oriuntur reconventiones mutuaeque petitiones et simultaneus processus, cuius L. 14. Cod. de sent. VII. 45. optima redditur ratio: "Cuius enim in agendo observat arbitrium, eum habere contra se iudicem in eodem negotio non dedignetur". Accedit, quod ita lites imminuantur et complures quaestiones uno iudicio sive processu terminari possint.

**428. Definitio.** Mutua petitio sive reconventio est vera et reciproca actio (non vera exceptio) (2) rei conventi contra

(1) Proprius quidam titulus de reconventionem vel de mutuis petitionibus in iure civili non existit, imo propria quoque hac in re iuri canonico est terminologia. Quod enim in iure canonico dicitur "mutua petitio", id in iure Romano dicitur "conventio et reconventio".

(2) L. 11. § 1. D. de iurisd. II. 1.; cap. 2. X. de ord. cogn. II. 10. Mutua petitio, ut ait Devoti l. c. § 1., quibusdam visa est exceptio, at immerito; nam locis citatis in iure Romano et canonico evidenter adnumeratur actionibus. Attamen notandum est Devoti male hic citare § 2. cap. 2., quia caput illud unam tantum paragraphum habet, et ante illam § 1. reperitur decisio quae huc spectat.

actorem (3), coram eodem iudice etiam alias forte non competente (4) eodemque durante iudicio legitime proposita, ad destruendam vel saltem imminuendam vim actionis ab actore intentatae (5).

**429. Divisio.** Reconventio dividitur in reconventionem impropriad et in reconventionem proprie dictam. Illa consistit duobus processibus successivis, haec ex iuris concessione in processu quodam simultaneo ad instar iudicii duplicis, in quo ex ipsa natura iudicii unusquisque ex litigatoribus tam rei quam actoris partes sustinet (6).

**430. Notae historicae.** Per reconventionem constituitur forum extraordinarium reconventionis. Quod forum in antiquo iure Romano non reperitur expressum, at L. 14. Cod. de sent. VII. 45. admittitur reconventio saltem ex eadem causa, et Nov. 96. cap. 2. etiam ad causas non connexas est extensa. Illa autem reconventio, quae a iure popolorum germanico-

(3) *Schmalzgr.* h. t. n. 1. dicit: Mutuae quaestiones « sunt conventio ex parte actoris et reconventio ex parte rei » et reconventionem definit: « Actus quo reus post oblatum et visum actoris libellum vicissim aliquid ab eo petit coram eodem iudice ac in eodem iudicio, etiamsi alias iudex ille non esset actoris competens » et remittit ad cap. 1. sq. X. h. t. et ad L. 14. Cod. de sentent. cum Authentica Et conseq. post cit. L. 14. Cod. *Rei conventi*, quia actori reconvento non licet proponere denuo reconventionem rei.

*Devoti* l. c. non videtur dare accuratam definitionem reconventionis cum scribit: « Mutua petitio est mutua actio seu reconventio, per quam reus cognito actoris libello eundem convenit et vicissim aliquid ab eo petit ». Etenim omittit id quod reconventioni est essenziale, scilicet quod fiat coram eodem iudice.

(4) « Coram eodem iudice », sive *ordinario* sive *delegato*, etiam alias non competente, reconventio proposita declinari ab actore non potest. Cfr. cap. 3. de rescr. I. 3. in Sext.

(5) L. 14. Cod. de sent. VII. 45. cum Auth. Et consequenter; cap. 1. sq. X. h. t.; cap. 3. de rescript. I. 3. in Sext.; *Schmalzgr.* h. t. n. 1.; *Devoti* l. c. § 2. Ultimis verbis indicatur *finis* mutuae petitionis, qui est *compensatio*. Quare in causis, in quibus compensatio locum non habet, ne reconventio quidem admittitur, ut in causis criminalibus.

Verba illa « Legitime facta » potissimum referuntur ad tempus, scilicet saltem ante conclusionem in causa.

Recte notat *Schmalzgr.* h. t. n. 1. duo debere concurrere ut reconventio rite intentetur et peragatur: 1<sup>o</sup> ut coram *eodem iudice*, quem actor elegit processus instruat; alias simplex conventio, non reconventio habetur; cfr. cap. 3. de rescr. in Sext.; 2<sup>o</sup> ut mutua petitio durante *eodem iudicio* fiat.

(6) *Arndts-Serafini* l. c. § 99. Proprie dicta reconventio denuo subdividitur: in *perfectam*, quae et effectum *simultaneitatis* processus et effectum *prorogationis* iurisdictionis obtinet; et *imperfectam*, quae tantum producit effectum *prorogationis* fori.

rum pariter non erat aliena (7), in foro quoque ecclesiastico est recepta. Cuius reconventionis iam in antiqua Ecclesia reperiuntur vestigia (8) itemque in epistol. Gregor. M. (a. 599.) data et in Comp. I. h. t. translata. Maxime vero in iure Decretalium, inde ab Alexandro III. (1159.-81.) (cfr. cap. 1. X. h. t.; cap. 3. h. t. in Comp. I.); Coelestino III. (1191.-98.) (cfr. cap. 2. X. h. t.); Innocentio III. (1198.-1216.) (cfr. cap. 2. X. II. 10; cap. 6. X. I. 43.; cap. 5. X. II. 25.); Honorio III. (1216.-27.) (cfr. cap. unic. h. t. in Comp. V.); Gregor. IX. (1227.-34.) (cfr. cap. 4. X. II. 10. cap. 2. X. de depos. III. 16.), reconventio est accuratius definita. Innocentius IV. in Concil. Lugd. I. (1245.) can. 8. = cap. 3. de rescr. I. 3. in Sext., ad varios abusos tollendos, reconventionem rei apud iudicem conventionis esse instituendam decrevit. Denique Clemens V. (a. 1306.) = cap. 2. de V. S. V. 11. in Clem., etiam in processu summario ab exordio litis petitiones rei proponendas esse iussit, atque ex hoc tempore non iam novae prodierunt decretales de reconventionem.

#### § 1. DE IUDICE MUTUARUM PETITIONUM.

**431.** Reconventio actoris durante iudicio (9) ordinarie a reo fieri potest (10) coram quocunque iudice, in cuius tribu-

(7) *Walter*, Deuts. Rechtsgesch. § 650.

(8) *Ponsius* l. c.; *Hefele*, Conciliengesch. II. p. 491. sq.

(9) *Durante iudicio*; non enim quaeritur num una causa plane finita seu uno simplici iudicio finito reus accusare possit eum, qui in processu iam absoluto exstitit actor, sed an in eodem iudicio contra eum actionem instituere possit reconventionalem.

(10) *Potest* fieri reconventio, non *debet*, quia ad agendum nemo cogitur; at si reus contra actorem actionem instituere vult, debet illam actionem seu reconventionem instituere coram illo iudice, quem actor adierat, nec reus tamquam actor potest adire alium iudicem, ut iam insinuat ipsa definitio reconventionis.

Cfr. *Schmalzgr.* h. t. n. 2., ubi respondet quaestioni, an in mutuis petitionibus durante iudicio conventionis reus possit convenire actorem coram alio iudice, et respondet negative, dicens id reum non posse nisi finita lite. Cuius decisionis ratio ea est, ne coram diversis iudicibus eodem tempore agatur (cap. 2. h. t.; cap. 3. de rescr. I. 3. in Sext.), et ne reo data sit facultas actorem per dolum et fraudem ad diversa trahendi tribunalia, ut diversitate reconventionum defatigatus a principali causa contra eum proseguenda desistat. Verum ab hac regula excipiendus est duplex ille casus: 1<sup>o</sup> si causa in qua reus actorem reconvenire vult, nullo umquam tempore ab illo iudice cognosci possit, v. gr. causa sit spiritualis et lis agitetur coram iudice saeculari; 2<sup>o</sup> si iudex reo sit suspectus; tunc enim potest causas suspicionis intra 20. dies a transmissione libelli computandos proponere et illis probatis coram alio iudice subrogato utramque litem ventilare.

nali conventio principalis introducta est, nisi specialis in iure reperiat<sup>ur</sup> prohibitio (11).

Hinc reconventio est permissa coram iudice ordinario actoris et rei, atque etiam rei solius, neque exclusa est coram iudice delegato, postulato ab actore reconvento, quoniam iura inter iudicem ordinarium et delegatum non distinguunt (12). Nam licet delegatio sit strictae interpretationis, cum deroget iurisdictioni Ordinarii, neque prorogari possit de causa ad causam et de persona ad personam (13), tamen in reconventionem extensio iurisdictionis ab ipso iure facta est; aequum enim est, ut qui iudicem pro se impetravit, eundem etiam contra se sustineat. Quae ratio cum cesset, si mutuo consensu partium aut motu proprio principis iudex delegatus sit constitutus, reconventioni locus non est, cum actor iudicem illum non elegerit (14). Neque actor reconventioni est obnoxius, si causa non posset diiudicari a delegato sine mandato speciali (15).

432. Coram iudice quoque prorogato non est interdicta reconventio, licet alias ille iudex non sit competens iudex actoris, sed solius rei. Nam actor, eo ipso quod reum sequatur ad ipsius iudicem, illius iurisdictionem in se censetur prorogare (16).

433. Tametsi coram iudice appellationis reconventio excludatur, dum quis appellat ab iniuria sibi illata, aut post litem contestatam a sententia definitiva; tamen admittitur, ubi appellatum est a sententia interlocutoria ante litem con-

Cfr. cap. 3. de resc. in Sext., ubi expresse conceditur iudicem suspectum posse a reo declinari.

Idem *Schmalzgr.* h. t. n. 3. ad quaestionem, an actor possit declinare iudicem eundem a reo imploratum cum libello reconventionis et se tueri exceptione fori incompetentis, ne cogatur respondere, respondet non posse declinare, nisi ratio et natura causae id petat. Nam per ipsam reconventionem rei iudex factus est competens in actorem, etsi alias competens non esset, ut patet ex naturali aequitate et positivis iuris sanctionibus, nisi agatur de causis in quibus reconventio est interdicta ex natura rei aut ex legis dispositione.

(11) L. 14. Cod. de sent. VII. 45.; Novell. 96. cap. 2. § 1.; cap. 1. 2. X. h. t.; cap. 3. de resc. I. 3. in Sext.; *Leuren* h. t. q. 234.; *Schmalzgr.* h. t. n. 2. 3. 4.

(12) Cap. 1. X. h. t.

(13) Cap. 40. X. de off. et pot. iud. deleg. I. 29.

(14) Cap. 3. de resc. I. 3. in Sext.; *Pirhing* h. t. n. 5.

(15) Cap. 9. de in integr. rest. I. 41.

(16) *Leuren* h. t. q. 234.



testatam et iudex, ad quem appellatum fuerit, retractavit sententiam interlocutoriam; quodsi illam confirmavit, coram iudice appellationis pariter reconventio fieri nequit (17).

434. Reconventio, quae coram arbitris compromissariis est interdicta (18), locum habere potest coram arbitris iuris (19).

## § 2. DE SUBIECTO ACTIVO ET PASSIVO RECONVENTIONIS.

435. Reconvenire in iudicio potest omnis reus, modo facultatem habeat agendi in iudicio; nam reconventio vera est actio. Quare qui iure prohibetur ab actione, etiam a reconventionem est repellendus, velut excommunicatus excommunicatione maiori. Nam quamvis excommunicatus in iudicio stare possit ut reus, seseque defendere, excipere, appellare valeat, tamen actorem reconvenire nequit, ne quod in defensionis remedium sustinetur, ad impugnationis materiam extendatur. Quibus verbis ratio redditur disparitatis inter exceptionem concessam et reconventionem negatam reo excommunicato: illa enim spectat ad legitimam defensionem, haec rationem habet aggressionis veraeque actionis (20).

436. A reo institui potest reconventio adversus quemlibet actorem (21). "Cuius enim in agendo observat arbitrium, eum habere contra se iudicem in eodem negotio non dedignetur" (22), nisi agatur de casu a iure excepto. At actor reconventus nequit denuo reconvenire reum, "cum multis iuris articulis infinitas reprobetur" (23).

(17) L. 1. D. eum qui appell. XLIX. 11.; *Ph. Hergenroether*, D. Appell. p. 45. sq.; *Devoti*, Inst. can. lib. III. tit. 15. de appell. § 3.

(18) Cap. 6. X. de arbit. I. 43. Quoniam arbiter iudicare tantum potest de his, de quibus mutuo consensu est compromissum. Cfr. de hac materia *Durantis* h. t. § Fieri n. 1. de casu, quo de *omnibus* controversiis factum sit compromissum, ubi respondet tunc fieri reconventionem posse, non quidem vi reconventionis sed *vi compromissi*. Postea vero § Nunc dicamus n. 6. i. f. inquit num coram arbitris, qui de suspicionis casu iudicant, possit fieri reconventio; et remittit ad tit. de recusatione § Effectus n. 22., ubi in sensum negativum quaestionem resolvit.

(19) *Tancred.* l. c. § 1.

(20) Cap. 5. 12. X. de except. II. 25.; *Leuren* h. t. q. 244.

(21) Adversus quemlibet actorem, dummodo tamen suo nomine agat. Nam si actor sit procurator agens nomine alterius, hic de proprio debito reconveniri non potest; et hoc valet etiam de tutore, curatore, qui agunt nomine minoris vel pupilli.

(22) L. 14. Cod. de sent. VII. 45.

(23) Cap. 2. de rescr. l. 3. in Sext.; *Schmalzgr.* h. t. n. 5.



437. Huiusmodi casus a iure exceptus est, quod clericus, qui forte laicum coram tribunali saeculari in ius revocavit, ibidem reconveniri non possit a laico in causa spirituali vel eidem adnexa (24). At reconventio clerici in causis temporalibus, sive civilibus, sive criminalibus civiliter actis, silentibus hac de re canonibus et spectata consuetudine, non est interdicta (25).

### § 3. DE CAUSIS RECONVENTIONI OBNOXIIS.

438. Generatim reconventio fieri potest in omnibus causis, in quibus expresse non prohibetur, dummodo iudex capax sit iurisdictionis, si causa per modum conventionis ipsi proponatur. Hinc reconventio non est exclusa in causa diversa a causa conventionis; nam iura generaliter et sine restrictione loquuntur neque connexas causas requirunt (26). Neque prohibetur in causa summaria, si ambae causae sint summariae. Quodsi una causa sit summaria, quae moras patitur, altera ordinarii processus formam requirat, uterque processus pari

(24) Cap. 3. X. de ord. cognit. II. 10.; cap. 3. X. de iud. II 1.; cap. 5. X. qui fil. sint leg. IV. 17. Ratio autem est, quia iudex saecularis de his causis iudicare nequit vi conventionis, ita ut si incidenter etiam illae causae in causa civili occurrant, remittendae sint ad forum ecclesiasticum; ergo ne reconventionis quidem nomine eas tractare potest, quia per reconventionem nova iurisdicatio non conceditur, et iudex in causa reconventionis proedit iurisdictione, quam iam habet ratione sui muneris.

(25) *Schmalzgr.* h. t. n. 6. 7. 8.; *Leuren* h. t. q. 235.; *D'Annibale*, Comment. in Const. - *Sed. Ap.* - n. 65.; *Durantis* l. c. § Nunc dicamus n. 7. sq. Et vere non pauci scriptores boni nominis affirmant clericum a laicis reconveniri posse in foro saeculari, saltem in causis civilibus. Ita *Glossa*, *Felinus*, *Barbosa*, *Oliva*, *Wagnereck*, et etiam *Santi*; quia praesertim in causis mere civilibus reconventio sese habet ad instar defensionis, et proinde optimo iure videtur laicis concedendum contra clericum agentem in foro saeculari, ut eum in eodem foro reconveniat. Praeterea, quia in iudiciis aequalitas est servanda, quae non servaretur, si clericus posset accusare laicum in foro saeculari, reconveniri autem non posset. Insuper tandem reconventio statuta est ad abbreviandas lites (cfr. cap. 3. de rescr. in Sext.), quod principium generaliter et sine distinctione statuitur; sed iste finis non obtineretur, nisi clerici et laici hac in re eodem iure uterentur. Hinc *D'Annibale*, Comm. in Const. - *Ap. Sedis* - n. 65. expresse docet non incurri excommunicationem, si quis iure mutuae petitionis clericum trahat ad forum saeculare. Etiam *Lehmkuhl* et alii hunc casum reconventionis excipiunt. Quod valere etiam videtur post Mot. propr. Pii X. - *Quantavis diligentia* - 9. Oct. 1911.

(26) Novell. 92. cap. 2.; cap. 1. X. h. t.; cap. 3. de rescript. I. 3. in Sext.; *Devoti*, Inst. can. l. c. § 2.

passu procedit; si summaria causa celerem expeditionem requirat, nequaquam simul eadem sententia finiri possunt, sed reconventio saltem illud efficit, ut iudex in causa summaria fiat competens ad alteram causam ordinario processu finiendam. Denique reconventio admittitur, sive in rem sive in personam actio est instituta; nam verba L. 14. Cod. VII. 45. " in eodem negotio „ arbitraria ratione limitarentur, si actor in rem reconveniri non posset (27).

439. Excluditur reconventio in omnibus causis, de quibus propter naturam causae vel principis voluntatem iudex conventionis, ne assentientibus quidem partibus, cognoscere potest (28), v. g. iudex saecularis in causa spirituali, vel iudex inferior in causis maioribus reservatis Romano Pontifici. Speciatim vero prohibetur reconventio:

I. In causis executivis, quae celerem expeditionem postulant (29).

(27) *Schmalzgr.* h. t. n. 9. Et proinde recte *Devoti* l. c. § 2. notat reconventionem posse fieri ex eadem vel diversa causa et citat Auth. Et consequenter Cod. de sent. et interl. et cap. 1. de ordine cogn. contra *Antonium Faber*, qui putavit ex diversa causa reconventionem non esse permissam.

Item bene tradit *Devoti* ibidem talem reconventionem tum in rem tum in personam posse institui et generaliter reiectam esse eiusdem *Antonii Faber* opinionem, non posse reconveniri eum cum quo actione in rem agatur.

(28) *Schmalzgr.* h. t. n. 11. rem fusius explicat et exceptiones addit, scilicet: 1<sup>o</sup> concedit *civiliter* conventum posse accusare (reconvenire) *criminaliter*, ex communi sententia Doctorum et ex L. fin. Cod. de ord. iudic., eo quod causa criminalis sit privilegiata, ut ea pendente super qualibet civili supersedeatur et hinc super causa civili antea mota sententia ferri nequit, antequam definita sit causa criminalis; 2<sup>o</sup> accusatus *criminaliter* nequit reconvenire *civiliter* (L. 2. § 4. D. de iud.), quia causa criminalis facit silere civilem (cfr. L. 33. Cod. ad leg. Iuliam); hinc illa pendente causa civilis intentari non potest; 3<sup>o</sup> accusatus *civiliter* pariter *civiliter* alterum reconvenire potest, quia talis reconventio videtur equiparanda reconventioni civili; 4<sup>o</sup> accusatus *criminaliter* accusatorem *criminaliter* reaccusare nequit.

Excipit *Schmalzgr.* l. c. ab hoc quarto casu: 1<sup>o</sup> quando accusator prosequitur suam vel suorum iniuriam (cfr. c. 2. C. III. q. 11.); 2<sup>o</sup> quando re-  
criminatio reum revelat et crimen, quo quis premitur, exiit (L. 14. § 6. D. de bonis libert.); 3<sup>o</sup> quando agitur de maiori crimine, quia maius trahit ad se minus (per sens. contr. ex L. 19. Cod. IX. 1.); 4<sup>o</sup> quando crimina sunt connexa (cfr. *Zachariae* l. c. I. p. 378. et p. 80.); 5<sup>o</sup> quando iudex est competens quoad utrumque crimen.

(29) Gloss. in cap. 4. de ord. cogn. II. 10.

II. In causis criminalibus criminaliter actis (30); cum " non relatione criminum, sed innocentia reus purgetur „ (31).

III. In causis depositi (32).

IV. In causis appellationis (33).

V. In causis spoli (34).

VI. In causis praeiudicialibus (35).

#### § 4. DE TEMPORE ET MODO RECONVENTIONIS.

440. Reconventio proprie dicta, ut plenum sortiatur effectum, proponenda est ab exordio litis ante litis contestationem vel in continenti post illam, antequam procedatur ad iuramentum calumniae aliosve actus iudiciales (36). Qua assertionem non excluditur reconventionis propositio etiam post litis contestationem " durante eodem iudicio „ (37), usque ad conclusionem in causa, sed negatur fieri posse reconventionem post exordium litis cum illo privilegio, ut eodem processu parique passu, utraque causa cognoscatur et definia-tur (38).

(30) Cfr. c. 1. 2. C. III. q. 11.; L. 5. D. de publ. iud. XLVIII. 1.

(31) L. 1. 19. Cod. qui accus. IX. 1.; C. III. q. 11. Mutuae petitionis finis est compensatio. Quare iis in causis, in quibus compensatio locum habere non potest, nec reconventio proponi potest. Id quod in primis patet in causis criminalibus criminaliter actis; nam licet in causa criminali compensatio fieri possit, si civiliter tantum agitur ad damni reparationem, tamen criminum inter se non fit compensatio, et proinde si causa criminalis criminaliter agitur, ex ipsa rei natura reconventio est exclusa.

(32) Cap. 2. X. de depos. III. 16. Pariter, ut insinuatur in cap. cit. 2. de deposit., in illis causis compensatio non existit: " Sane depositori licuit pro voluntate sua depositum revocare, contra quod compensationi vel deductioni locus non fuit..... licet compensatio admittatur in aliis „.

(33) L. 1. D. XLIX. 11.

(34) Cit. cap. 4. de ord. cogn.; cap. 1. de restit. spol. II. 5. in Sext. In causis spoli spoliatus omnino non debet respondere, nisi prius restituatur. Cfr. cap. 4. X. II. 10.: " Super spoliatione conventus adversus restitutionem petentem non est, nisi super quaestione spoliationis, si eum reconveniat, audiendus, cum restitutionis petitio in hoc privilegiata noscatur, ut ipsam intentans non cogatur ante restitutionem spoliatoribus respondere, quamquam ab agendo spoliatione ab eis in modum exceptionis proposita repellatur „.

(35) Cap. 1. X. de ord. cogn. II. 10.; *Schmalzgr. h. t. n. 10.*; *Leuren h. t. q. 237. sq.*; *Tancred. l. c. § 2.*; *Durantis l. c. §* Nunc dicamus.

(36) Cap. 1. X. h. t.; cap. 2. § Verum de V. S. V. 11. in Clem.; Authent. Et consequenter (Nov. 92. cap. 2.) post L. 14. Cod. de sentent. VII. 45.

(37) Cap. 3. de rescript. I. 3. in Sext.

(38) *Leuren l. c. q. 229.*; *Durantis l. c. §§* Sequitur, Videndum; *Tancred. l. c. § 3.*; *Muechel l. c. p. 72. 73.*

**441.** Proposita reconventione, ante vel mox post litem contestatam, utraque causa simul cognosci et definiri debet, tum quoad terminum probatorium, tum quoad alios actus iudiciales, atque prius agatur de conventione, postea de reconventione (39). A qua regula recedi potest, si simultaneus processus sit impossibilis, aut iustum obstet impedimentum, vg. si una causa sit magis ardua, aut altera maiorem celeritatem requirat (40).

Praeterea una eademque sententia utraque causa est terminanda, ita ut primo feratur sententia de conventione, deinde de reconventione. Quodsi prius de una causa liqueat, iudex, prolata sententia de illa, differre potest definitionem causae nondum sufficienter discussae (41).

Denique qui modus procedendi servandus est, vi alicuius rescripti, in conventione, is observari quoque debet in reconventionem (42). Quare si actori datur rescriptum cum clausula "appellatione remota", etiam in reconventionem iudex remota appellatione procedat necesse est, nisi in casibus ipso iure sub illa clausula non comprehensis (43).

#### § 5. DE EFFECTIBUS RECONVENTIONIS.

##### **442.** Reconventio efficit:

I. Prorogationem iurisdictionis in iudice alias incompetente, dummodo ne natura causae vel specialis iuris prohibitio prorogationi isti obsistat (44). Quae prorogatio, cum fiat ipsa iuris dispositione neque consensu partium oriatur, effectum suum producit etiam in invitos atque ad casus extenditur, quibus consensu privatorum litigatorum alias prorogatio non est permissa. Quare actor reconventus iudicem, qui alias in ipsum non esset competens, minime recusare potest (45). Quodsi nolit respondere reo, neque ipsi respondetur in causa sua (46).

(39) Cap. 1. X. h. t.; cap. 2. X. de ord. cogn. II. 10.; *Leuren* h. t. q. 231.; *Pirhing* h. t. n. 19. 20.

(40) Cap. 10. X. de rest. spol. II. 13.

(41) Cap. 2. X. de ord. cogn. II. 10.; *Leuren* h. t. q. 232.

(42) Cap. 2. X. h. t.; cap. 53. X. de appell. II. 28.

(43) *Pirhing* h. t. n. 20.; *Leuren* l. c. q. 233.; *Devoti* l. c. § 2.; *Tancred.* l. c. § 4.

(44) Cfr. cap. 1. X. h. t.

(45) *Schmalzgr.* h. t. n. 12.

(46) *Durantis* l. c. § Restat; *Tancred.* l. c. § 5.; *Muechel* l. c. p. 73.

II. Simultaneum processum (47). Verum ut reconventio producat utrumque illum effectum prorogationis et simultanei processus, in exordio litis est proponenda; si postea proponitur, modo ante conclusionem in causa, efficit quidem prorogationem iurisdictionis in iudice, non tamen simultaneum processum (48).

## TITULUS XX.

### DE PLUS PETITIONIBUS.

(*Lib. II. tit. 11. de plus petit.*)

**443. Fontes :** Inst. IV. 6. de actionibus §§ 33. 34. 35.; Cod. III. 10. de plus petitionib. — Cpl. I. lib. II. tit. 6. de plus petit. cum unico capite iure merito in collect. auth. non translato. — Decretal. Gregor. IX. lib. II. tit. 11. cod. cum unic. cap. = epist. decretal. Gregor. IX. (a. 1227.-34.).

**Scriptores :** Comment. iur. Rom. in h. t.; *Van Wetter* l. c. § 129.; *Vering*, Gesch. u. Pand. § 130. — Comment. iur. Decretal. in h. t. — *Devoti*, Inst. can. lib. III. tit. 5. de lib. obl. §§ 5. 6. — *Ponsius* l. c. p. 102.

### Praenotiones.

**444.** Inter vitia libelli, qui in actione vel reconventionem offertur, recensendae sunt plus petitiones. Quare hic titulus sese habet ad instar merae appendicis titulorum de libelli oblatione et mutuis petitionibus, in quo singularis quaedam quaestio de vitio libelli sub propria quadam rubrica resolvitur. Huius specialis tituli de plus petitionibus ex natura rei neque necessitas neque convenientia probari potest. Etenim evidens est propriam sedem huius quaestionis particularis esse in titulo de libelli oblatione, ut iam efficitur ex ipsis Institutionibus Imperatoris Iustiniani l. c. in fontibus. Hinc neque *Pillius*, neque *Tancredus*, neque *Durantis*, neque alii scriptores antiquiores et recentiores proprium quendam titulum de plus petitionibus exhibent, sed velut *Devoti* l. c. in fontibus, sub rubrica de libelli oblatione, hanc quoque quaestionem examinant. Unica igitur ratio, quod proprius titulus de plus petitionibus in collectione authentica Gregorii IX. reperiatur, est repetenda ex imitatione ordinis primae Compilationis antiquae *Bernardi Papiensis*, qui pro sua parte Codicem Im-

(47) Cfr. cap. 1. X. h. t.

(48) Cap. 2. de V. S. V. 11. in Clem.; cap. 3. de reser. I. 3. in Sext.; Novell. 92. Cap. 2.



peratoris Iustiniani secutus est (1). Qua in imitatione Gregorius IX., retenta rubrica Codicis Iustiniani et primae Compilationis antiquae, textui ex S. Leone a *Bernardo Papiensi* in suam collectionem minus congrua ratione translato, substituit Constitutiones Zenonis et Iustiniani foro ecclesiastico adaptatas.

### § 1. DE DIVERSIS MODIS PLUS PETENDI.

445. Plus petitio, quae est petitio actoris aliquid ultra debitum a reo apud iudicem exigentis, iuxta cap. unic. h. t. quatuor modis fieri potest, scil. *causa, re, tempore et loco*.

I. *Causa* plus petit, qui in specie vel in individuo certum quid petit a reo, quod is tantum in genere vel sub alternativa debet, v. g. reus generatim promiserat equum, et actor petit in specie equum arabicum, vel reus promiserat aut equum aut mille libellas, et actor postulat a reo in individuo et absque alternativa mille libellas (2).

II. *Re* plus petit actor, si quis postulat a reo ultra quantitatem sibi debitam, v. g. totam rem, licet pars tantum debeat, vel loco decem libellarum debitarum exigit centum. At is plus petere non dicitur, qui ultra substantiam rei sibi debitam etiam fructus illius rei sibi debitos postulat: nam ad quantitatem sive ad rem spectant et substantia et fructus substantiae (3).

III. *Loco* plus petitur, cum reus, non ubi conventum est, sed ut alibi solvat, ab actore in ius vocatur, v. g. si stipulatum fuerat, Romae debitum esse solvendum, Bononiae solutio debiti postulatur.

IV. *Tempore* fit plus petitio, cum ante diem in conventionem expressam vel conditionem impletam petitur, quod debetur, v. g. si quis petit mutui restitutionem ante elapsam tempus, pro quo pecunia fuerat concessa; privat enim actor alteram partem commoditate utendi re toto tempore stabilito ideoque ipsius ius violat et vere plus petit (4). Non raro in causis matrimonialibus huiusmodi plus petitiones occur-

(1) Cfr. tit. Cod. cit. in font.

(2) Cfr. § 33. Inst. de action. IV. 6.; L. 1. 2. 3. Cod. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 6.

(3) *Schmalzgr.* h. t. n. 7.; *Pirhing* h. t. § 1.

(4) *Schmalzgr.* h. t. n. 8. 9.; *Zeitschr. f. k. Theol.* tom. XII. p. 36. sq. 393. sq.

rere possunt, v. g. si sponsa petat matrimonii celebrationem, quamvis conditio, contractui sponsalitio adiecta de tempore vel de officio quodam obtento ad sustentandam familiam, nondum impleta sit (5).

## § 2. DE POENIS IN PLUS PETENTES STATUTIS.

446. Antiquo iure Romano actor, qui plus petierat, ita causa cadebat, ut rem amitteret et etiam novae legitimaeque illius petitioni a reo opponi posset exceptio rei iudicatae neque facile a Praetore in integrum restituebatur, nisi minor esset viginti quinque annis vel magna causa iusti erroris interveniret (6).

Postea Lex Zenoniana et Constitutio Imperatoris Iustiniani rem coercuit (7). Et Zeno quidem Imperator adversus eum, qui tempore plus peteret, temporis inducias duplicari, atque his finitis reum cogi non posse voluit ad suscipiendam litem, nisi prioris litis impensae solutae fuissent.

Iustinianus vero, confirmata lege Zenoniana contra plus petentes tempore, si quantitate vel alio modo, i. e. causa, re, loco, plus fuisset petitum, praeter damni compensationem reo forte illati, actorem rependere iussit triplum eius, quod ob maiorem quantitatem in libello contentam, pro sportulis solvere debuisset (8).

447. In foro ecclesiastico, non admissio rigore iuris Romani,

(5) Schulte, Eheprocess §§ 23. 31.

(6) Cfr. § 33. Inst. de act. IV. 6.; § 10. Inst. de except. IV. 13.; Vering l. c. in font.; Devoti h. t. § 2. not. 1. dicit: « Num autem id lege duodecim tabularum, an potius edicto Praetoris statutum fuerit, non satis exploratum est ».

(7) Imperator Iustinianus § 33. cit. dicit: « Lex Zenoniana et nostra », et in editione Corp. iuris civilis additur: « Utraque deest ».

Ipsae quoque Devoti l. c. addit: « Constitutio haec (scilicet Zenonis) desideratur, sed eius epitomen ex Basilicis eduxit Cuiacius, Observ. lib. 12. cap. 21. Basilicae autem haec sunt nova codificatio iuris Iustinianei breviori forma et omissis rebus antiquatis facta sub Basilio Macedone (867.-86.) atque publicata a Leone, filio Basilii. Qui codex usque ad saeculum 15. in usu fuit; at integrum quoddam exemplar non habetur, et in Europa occidentali demum saeculo 16. eius cognitio introducta est. Basilius redegerat Basilica in 40. libros, quos Leo ad 60. ampliavit. Vering, Gesch. und Pand. § 30; Bonfante, Storia del diritto romano p. 567. cap. 25.

(8) Cfr. § 33. Inst. l. c.; Schmalzgr. h. t. n. 11. Poenae illae privatae contra pluspetentes, in iure Romano statutae, nostra aetate in foro saeculari passim non amplius vigent. Cfr. Renaud l. c. §§ 151. 229.

iuxta cap. unic. X. h. t., qui *re* petunt amplius sive *causa* (9), in expensas adversario solvendas condemnantur. Qui autem plus *loco* petunt, ad interesse tenentur pro eo, quod utilitatis debitoribus adimitur, quam haberent, si statuto loco solvissent.

Ei vero, a quo amplius *tempore* petitur, induciae duplicantur (10), nec reus ita iniuste conventus litem suscipere tenetur, nisi ei solvantur expensae (11). At poena tripli, quae cap. unic. X. h. t. non exprimitur, in foro ecclesiastico infligi nequit (12). Imo iam iure antiquo actor plus petens ab

(9) Capite hoc unico legitur: " Qui *re* petunt amplius *sine causa* "; sed videtur legendum *sive causa*, quia secus de plus petitionibus quoad *causam* nihil statutum esset. Insuper *sine causa* plus petere in omnibus membris potest verificari, v. gr. *sine causa* ante tempus; at nullibi additur.

(10) Controversia est quomodo intelligenda sit illa duplicatio, an tantum de tempore quod superest, an potius de toto tempore, de quo conventum est; v. gr. supposito quod aliquid conventum sit solvendum post annum, et post 10. menses petatur, an duplicandi sunt duo menses, vel potius novus integer annus concedendus est. Respondet *Schmalzgr.* h. t. n. 13. communem et veriolem sententiam esse integras inducias esse duplicandas, quare in casu allato non tantum 4. menses, sed integer annus reo a iudice esset indulgendus. Quae sententia manifeste comprobatur per § 10. de except. in Inst. IV. 13., ubi dicitur quod " inducias, quas ipse actor sponte indulserit vel quas natura actionis continet, in duplum habeant illi, qui talem iniuriam passi sunt ".

Controversia est utrum a poenis plus petentium excusetur actor poenitens post litem contestatam. *Ioannes Andreae*, *Hostiensis* alique negant propter L. fin. 3. Cod. h. t., et quia talis revera temere litem movisse censetur atque ideo adversario litis sumptus reddere tenetur. At *Abbas* in cap. un. h. t. cum *Wagnereck*, *Pirhing*, *Schmalzgr.* et aliis id affirmat, quia in poenis legalibus poenitentiae locus est usque ad sententiam, ut colligitur ex L. 14. § 8. et L. 16. § 3. D. de bon. libert. XXXVIII. 2., in quibus dicitur eos poenam plus petentium non incurrere, qui in accusatione vel petitione illa non perseverant usque ad sententiam. Confirmatur haec sententia exinde quod textus capituli unici h. t. dicit plus petentes puniri posse, si in petitione persistent in iudicio. Iudicium autem durat usque ad sententiam, ergo usque ad illam locus est poenitentiae. Neque obstat textus pro contraria sententia allatus, quia illi tantum ibi negatur ibidem poenitentia post litem contestatam, qui plus petiit dolose.

(11) Cfr. § 10. Inst. de except. IV. 13.

(12) *Schmalzgr.* h. t. n. 12. 13. sq. Glossa in cap. unic. v. Amplius affirmat etiam tripli poenam locum habere in foro ecclesiastico. At *Abbas*, *Wiestner*, *Schmalzgr.* h. t. n. 12. verius id negant: 1<sup>o</sup> Propter rationem in textu allatam, quod in iure canonico non exprimitur, nulla autem poena infligi potest absque lege (cfr. *Wernz* t. VI. n. 16.); praeterea in § 33. i. f. Inst. IV. 6. agitur de sportulis, sed in foro ecclesiastico sportulae illae non prestantur. Cfr. cap. 10. de vita et hon. cler. III. 1. Quamvis fatendum sit argumentum ultimum non esse peremptorium, nam sportulae (taxae) non sunt in foro ecclesiastico absolute interdictae; caput autem 10. cit. agit de quadam quasi venditione sententiae et prohibet pactum de quota litis.

aliis quoque poenis fuit immunis, si sine dolo, sed per probabilem errorem plus petiit, si saltem ante litis contestationem non petiit, si iusta fuit causa (13) ante tempus debitum petendi, si fuerit minor 25 annis neque ex dolo plus petiit (14). Nostra vero aetate multo magis illae poenae in foro ecclesiastico sunt limitandae. Quare v. g. poena de duplicatis induciis videtur omnino abrogata, remanente solummodo incommodo reiectionis plus petitionis per iudicem, sed salvo iure reum legitimo tempore denuo vocandi in ius, v. g. ex sponsalibus conditionate initis. Insuper propter temeritatem plus petitionis, expensae ab actore sunt resarciendae (15).

(13) Quaenam sit iusta causa plus petendi sive ante tempus sive alio loco explicat *Schmalzgr.* h. t. n. 16. scilicet: 1<sup>o</sup> si debitor suspectus est de fuga, quo in casu saltem cautio peti potest; 2<sup>o</sup> si pater dissipet bona, filii petere possunt, ut sibi nolente patre pars legitima assignetur, vel si maritus vergat ad inopiam, dos ante tempus repeti potest; 3<sup>o</sup> in alio loco petitio fieri potest, si debitor aut omnino non reperitur in loco constituto, aut nonnisi difficulter; imo si alius locus sit domicilium debitoris, sine ulla causa ibidem peti potest debitum.

(14) Cfr. § 33. Inst. de act. IV. 6.; L. 1. 2. Cod. si advers. delict. II. 35.; L. 3. Cod. h. t.; cap. unic. X. h. t.

(15) *Devoti*, Inst. can. I. III. tit. 5. de lib. oblat. § 6.; *Schulte*, Eheprocess § 35. p. 121. Licet iudex *ultra petita* non possit actori adiudicare, tamen quaeri potest, an non praeiudicetur actori, si *per errorem minus* petat quam sibi debetur. Cfr. L. 1. § 3.; L. 2. § 1. Cod. h. t. Sunt qui *affirmative* respondendum putant, eo quod assertio libellantis noceat ipsi, et unusquisque imputare sibi debet, quod non melius exploraverit ius suum. At alii, ut *Barbosa*, *Schmalzgr.* h. t. n. 10., et alii respondent negative propter L. 1. § 3., L. 2. § 1. Cod. h. t., idest ad instantiam actoris advertentis suum errorem, sive quia addidit libello *clausulam salutarem* sive quia clare *demonstrat*, sibi competere summam maiorem, errorem ipsum esse corrigendum eumque actori nocere non debere. Cuius negationis praeter argumenta ex iure allata ea quoque reddi potest ratio, quod ille error sit *facti*, in quem etiam prudentissimus incidere potest, et ad rationem in contrarium allatam dici potest assertionem libellantis ipsi non nocere, si error *probabilis* intercesserit. Multo magis actori non nocebit relate ad incurrendas poenas, si per errorem et non malitiose plus petierit, ut constat ex L. 1. § 2. Cod. h. t., ubi ad poenas requiritur, ut plus petens « manifeste convictus sit per avaritiam deliquisse ». At si hoc verum est de poenis proprie dictis propter absentiam malitiae, id nequit dici quoad expensas inutiles, quas forte actor, propter suum errorem, reum incurrere fecit.

## TITULUS XXI.

## DE LITIS CONTESTATIONE.

(Lib. II. tit. 5. de litis contest.).

**448. Fontes:** Cod. III. 9. de litis contestatione — c. 1. C. II. q. 2.; c. 45. C. XI. q. 1. — Decretal. Gregorii IX. lib. II. tit. 5. de litis cont.; Decret. Bonif. VIII. lib. II. tit. 3. eod.; cap. 2. de V. S. V. 11. in Clem. — S. C. C. 23. Ianuar. 1875. Cfr. *Santi* h. t. n. 8.

**Scriptores:** Comment. iur. Rom. in h. t.; *Arndts-Serafini* § 113; *Vering*, *Gesch. u. Pand.* § 124.; *Van Weller* l. c. § 128.; *Keller* l. c. § 59. sq.; *Renaud* l. c. § 72. sq.; *Welzell* § 14. — Comment. iur. Decretal. in h. t.; *Devoti*, *Inst. can. jib.* III. tit. 7. de litis contest.; *Zech* l. c. tit. 17. de litis contest.; *Pillius* l. c. P. II. § 1. sq.; *Tancred.* l. c. P. III. t. 1. de lit. cont.; *Gratia* l. c. P. II. tit. 1. de lit. cont.; *Ioan. Urbach* l. c. P. II. cap. 28. de lit. cont.; *Durantis* l. c. lib. II. partic. 2. tit. de lit. contest.; *Bouix*, de iud. eccl. tom. II. p. 190. sq.; *Muenchen* l. c. I. p. 260. 393.; *Muechel* l. c. p. 94. sq. — *Hupertz* l. c.; *Ponsius* l. c. p. 103.

## Praenotiones.

**449. Connexio materiae.** Post oblationem libelli ab actore factam et citationem reo per iudicem insinuatam, deliberandum est reo, utrum actioni resistere velit necne. Quodsi reus actori cedere nolit neque exceptiones opponendas habeat, suam intentionem litigandi et quam in re actori contradicat, clare aperteque manifestet necesse est (1). Id quod fit in vera litis contestatione (2) vel actu quodam aequivalente (3).

(1) Ut clarius constet de materia disceptanda « interrogationes in iure » quondam in iure Romano fuerunt permissae. Cfr. *Tancred.* l. c. P. II. tit. 21. de interrogationibus, quae fiunt ante litem contestatam.

(2) Litis contestatio dicitur exordium litis. Cfr. cap. 27. de off. et pot. iud. del. I. 29. Nam licet in § 3. *Inst. de poena temere litigantium* IV. 16. Imperator dicat: « Omnium autem actionum instituendarum principium ab ea parte edicti proficiscitur, qua Praetor edicit de in ius vocando », recte tamen iam monuit *Pirhing* h. t., citationem vocari « actionum instituendarum principium », non vero iudicii constituendi, quia, priusquam iudicium constituatur, fieri debet oblatio libelli et citatio rei, et ideo L. 3. Cod. de edendo II. 1. dicitur quod « edita actio » non ipsam litem constituit, sed « speciem futurae litis demonstrat »; iudicium enim proprie per litis contestationem suscipitur.

*Durantis* l. c. n. 4. dicit: « Quid si reus dicat, nego narrata, vel nego petita? Respondeo non est litis contestatio; nam in libello duo sunt, scilicet factum seu narratio vel petitio: ut si dico, cum tenearis mihi in decem ex causa mutui, ecce factum seu narratio: peto te mihi condemnari, ecce petitio. Si ergo negetur alterum tantum, non est lis contestata ».

(3) Partes debent declarare quod velint litigare et de quam re. In-



**450. Definitio** (4). Litis contestatio est petitio actoris in iudicio (iure), sive coram iudice competente proposita (5) de negotio principali, et congrua negatio sive contradictio (6) (responsio negativa) rei secuta animo litigandi (7).

**451. Divisio.** Litis contestatio ab antiquis et recentioribus scriptoribus non raro dividi solet:

I. In *solemnem* vel *formalem*, quae fit verbis expressis iuxta stylum curiae; et *simplicem* vel *minus solemnem*, quae etiam sine certa formula verborum facto vel actu perficitur. quo petitio actoris et negatio rei satis significatur (8).

tentio illa litigandi consistit in hoc quod actor petat condemnationem rei; reus vero petat absolutionem ab actione. Sed, ut patet, ne utriusque petitio vage proponatur, omnino constare debet, quid unus petat, quid alter neget.

Uterque iste actus quoad substantiam requiritur ad verum quoddam et ordinatum iudicium; at forma, qua iste bilateralis actus ponitur, potuit pro diversitate temporum immutari.

(4) *Durantis* h. t. ab initio sic definit litis contestationem: « Litis contestatio est principalis negotii apud competentem iudicem facta narratio et ad eam secuta responsio ». In nota *Ioannes Andreae* recte reprehendit definitionem *Tancredi* et *Azonis*: « Hinc inde facta narratione », eo quod inde sequeretur per positiones et responsiones posse fieri litis contestationem, id quod iure Decretalium non est admittendum. Porro haec *Tancredi* definitio videtur potius convenire mutuis petitionibus.

(5) « In iure proposita », idest contestatio litis debet fieri in iudicio sive in tribunali; secus enim fieret contestatio litis, quoties quis extra tribunal peteret rem tamquam suam, alter vero negaret.

(6) *Leuren* h. t. q. 247. inquit num verbis dubitativis introducatur litis contestatio. Cui quaestioni respondet: per verba dubitativa, v. gr. « Non credo narrata esse vera », « Nescio an vera sint » litem contestari; et addit per verbum « Ignoro » fieri posse litis contestationem per procuratores, haeredes defuncti aliosque qui iustam ignorantiae causam in facto alieno praetendere possunt, iuxta L. 7. Ad SC. Velleianum D. XVI. 1. Verum litis contestatio nequaquam fit si reus respondeat: « Non teneor respondere »; nam tali responsione potius declinat forum, ratione iudicis vel actoris vel temporis, minime vero ostendit se habere animum litigandi. Cfr. de hac re etiam *Hupertz* l. c. p. 30. 36. sq.

(7) Cap. unic. X. h. t.; *Leuren* h. t. q. 245.; *Schmalzgr.* h. t. n. 1.; *Hupertz* l. c. p. 11.; *Muechel* l. c. p. 94. sq.

« Animus litigandi », nam hic requiritur ad contestandam litem, quamvis non sit necesse, ut actor in sua petitione et reus in sua responsione expresse dicant se petere et respondere animo contestandi litem vel litigandi. Id enim in dubio praesumitur, etiamsi disertis verbis non dicatur: hinc ut litis contestatio impediatur, expresse declarandum est, non responderi animo litigandi, sed ut iudex informetur.

(8) Cap. 2. de V. S. V. 11. in. Clem.; *Schmalzgr.* h. t. n. 3.; *Muechel* l. c. p. 114. sq.

II. In *specialem*, cum reus ad singula petita suam opponit contradictionem; et in *generalem*, cum reus in genere negat facta narrata vera esse et petitionibus actoris contradicit, sed non accurate determinat, utrum singula quaeque neget. an tantum collective (9).

Quodsi non raro litis contestatio etiam in *affirmativam* et *negativam* dividitur, huiusmodi divisio solidum fundamentum non habet. Nam litis contestatio, quae dicitur affirmativa, non iam est litis contestatio; haec enim est essentialiter contradictio rei, petitioni actoris coram iudice opposita, animo litigandi facta. Porro qui confitetur narrata ab actore, is sane eius petitioni non contradicit, nec animum habet litigandi; ergo etiam lis proprie dicta oriri nequit, neque iudex fert sententiam, sed tantum praeceptum reo iniungit, ut intra tempus praefixum actori satisfaciatur. Quare recte iam docet *Gratia* l. c. § 5. " Si quis in iure, i. e. coram iudice, et praesente adversario aliquid petit, et reus confiteatur, non fit litis contestatio „ (10).

452. *Notae historicae.* Pro diversitate ordinis iudiciarii apud Romanos litis contestatio varias habuit significationes. Antiquissimo tempore cum causa introduceretur in iure, " testes vocabantur, qui disceptationi iudiciali interessent atque de illa in iudicio „ deponerent, si dubia orirentur. Quare *Festus* de V. S. scribit: " Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod *ordinato iudicio* utraque pars dicere solet: Testes estote „. Quae vox litis contestationis, quae ab initio significavit illam solemnem provocationem testium per partes in fine disceptationis iudicialis in iure factam, etiam translata est ad significandum principalem illum actum litis, in iure gestum et a testibus in iudicio comprobandum, scilicet negationem rei. Quamvis per Diocletianum iudicis datio abrogaretur et divisio illa disceptationis iudicialis " in iure „ coram magistratu, et alterius discussionis et definitionis " in iudicio „ coram iudice dato, non iam existeret, tamen litis contestatio non est abrogata, sed coram magistratu, qui iam simul iudicis partes explevit, est peracta per susceptionem actionis, sive litis, sive cognitionis, a reo factam (11).

(9) Cap. unic. h. t.; *Muechel* l. c. p. 105. sq.; *Schmalzgr.* ipse h. t. n. 3. post allegatas varias divisiones subiicit: " Sed hae divisiones non multum utilitatis habent et pluribus displicent „.

(10) L. 21. D. de iud. V. 1.

(11) L. 19. pr. D. de iurisd. II. 1.; L. 52. pr. D. de iudic. V. 1.

Neque in iure Iustiniano hac in re substantialis introducta est mutatio, sed primo termino ad disceptationem iudicalem constituto, postquam reus ex libello de petitione actoris iam plene fuit informatus, actor denuo viva voce coram iudice petitionem suam solemniter et formaliter repetiit (litem movit, actionem intendit, narrationem proposuit), et reus huic petitioni reluctatus est (infittias ivit, contradictionem opposuit, respondit). Cfr. L. 14. § 1. Cod. de iud. III. 1.: "Patroni autem causarum.... cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem obiectam.... iuramentum praestent ..". Cfr. quoque L. 2. pr. Cod. de iureiur. II. 59.

Quod ius Iustinianum, una cum iuramento calumniae, etiam in foro ecclesiastico receptum est (12).

At per introductionem processus summarii in foro ecclesiastico inde iam a saeculo 12. (13), et per inquisitionis proceduram in causis criminalibus, sollemnis atque formalis litis contestatio magis magisque restricta est (14). Id multo magis obtinuit, cum per scripturas procederetur in foro ecclesiastico et illa forma iam fieret litis contestatio, quam exhibet *Schmalzgr.* h. t. n. 2., a verbis canonum et a doctrina antiquorum canonistarum non parum aliena. Etenim litis contestatio non iam fuit unus actus in eodem termino ab utraque parte peractus, sed perdurante actoris petitione a solo reo in iudicio vel in scriptis et absente actore opposita est contradictio (15).

#### § 1. DE PERSONIS HABILIBUS AD LITIS CONTESTATIONEM.

**453.** Litem contestari possunt omnes, qui legitimam habent personam standi in iudicio, et non solum partes principales, sed etiam earum procuratores, porro tutores, curatores, syndici (16); imo ipsi advocati, si dent responsionem animo litigandi, neque statim eodem die a parte fuerit revocata responsio advocati (17).

(12) Cap. unic. X. h. t.; cap. 2. h. t. in Sext.; cap. 54. § 3. X. de elect. I. 6.; *Tancred.* l. c. h. t. §§ 1. 2.

(13) Cap. 2. de V. S. V. 11. in Clem.; *Hupertz* l. c. p. 9.

(14) *Bouix*, De iudic. eccl. II. p. 191. sq.; *Muenchen* l. c. I. p. 393.

(15) *Durantis* l. c. h. t. § Nunc dicamus n. 8.; Gloss. in cap. unic. h. t.; *Hupertz* l. c. p. 20. sq.; *Muechel* l. c. p. 98.; *Schulte*, Eheproc. § 25. n. VII.

(16) L. 14. § 1. Cod. III. 1.

(17) Cap. 62. X. de appellat. II. 28.; *Leuren* h. t. q. 254.; *Schulte*, Eheprocess § 27. i. f.; *Hupertz* l. c. p. 20. sq.

454. Reus quamvis a iudice compelli nequeat ad litem contestandam, quamdiu iustam habet causam recusandi litis contestationem, tamen cessante iusta causa, post lapsum terminum 20. dierum, vel alium prudenti iudicis ecclesiastici arbitrio determinandum (18), potest cogi, ut aut litem contestetur aut cedat actioni (19). Imo si reus, post praeceptum iudicis et lapsum temporis, in sua tergiversatione contestandi litem persistat, potest a iudice propter inobedientiam et contumaciam puniri et aliis iuris remediis cogi.

455. Dum illa rei tergiversatio perdurat, iudex ecclesiasticus, attento rigore ordinis iudiciarii solemnitis, in causa procedere nequit, habita ista contumacia rei pro ficta litis contestatione (20).

## § 2. DE CAUSIS LITIS CONTESTATIONI OBNOXIIS.

456. Litis contestatio cum sit fundamentum universi processus canonici, in omnibus causis a iure ecclesiastico non exceptis adeo necessaria est, ut illa omissa totus ordinarius processus canonicus ipsaque sententia lata sint nulla et irrita (21). Quae solemnitas litis contestationis, cum nitatur sanctionibus iuris communis sive iure publico, cui pactis privatorum derogari nequit, nec mutuo partium consensu nec iudicis auctoritate in processu ordinario remitti potest (22).

457. Omitti potest litis contestatio:

I. In omnibus causis, in quibus libellus non requiritur (23).

II. In causis, quae definiuntur summarie (24) et de plano,

(18) Cfr. Instr. S. C. Ep. et Reg. 11. Iun. 1880. art. 23.

(19) Auth. Offeratur Cod. de litis contest. III. 9.; *Leuren* h. t. q. 253.; *Pirhing* h. t. n. 9.; *Muechel* l. c. p. 127.

(20) Cap. 1. 2. 3. 4. 5. X. ut lite non contest. II. 6.; *Santi* l. c. lib. II. tit. 6. n. 8. caus. cit. Monac.; at cfr. quoque cit. Instr. S. C. Ep. et Reg. art. 24. et *Leuren* h. t. q. 253. n. 3.; *Muechel* l. c. p. 114.

(21) Cfr. cap. unic. X. h. t.

(22) *Schmalzgr.* h. t. n. 4.; *Bouix* l. c. II. p. 191. sq.

(23) *Leuren* h. t. q. 252.

(24) Nam in iudiciis summariis nequaquam omnes formalitates iuris positivi servantur, sed in primis illae quae iuris naturalis sunt, quibus contestatio litis adnumerari nequit. Insuper etiam diserte, cap. 2. de Verb. sign. in Clem. declaratur, contestationem litis in processu summario non requiri.

*Schmalzgr.* h. t. n. 4. addit: "Causis summariis accenseri debent omnes illae causae, in quibus de stylo Curiae summarie proceditur; nam stylus Curiae pro lege habetur (cap. 11. de const.; cap. 2. de prael. in Sext.), et sic sub praetextu styli iudiciorum multi processus hodie salvari possunt, qui alias notoriae nullitati subiacerent ob defectum contestationis litis .."

seu per processum summarium, aut expressa iuris concessione (25), aut legitima consuetudine (26).

III. In causis appellationis tam a sententia interlocutoria quam a sententia definitiva, modo lis in prima instantia contestata fuerit. Nam licet instantia appellationis nova sit instantia, tamen una eademque est causa; ergo contestatio litis in prima instantia facta non exstinguitur.

IV. In causis notoriis, cum in his ordo iuris non sit servandus (27).

V. In causis criminalibus, nisi per modum accusationis privatae procedatur (28).

### § 3. DE FORMA LITIS CONTESTATIONIS.

#### 458. Litis contestatio non inducitur :

I. Per positiones (29) actoris et responsiones rei ad illas (30). Nam positiones sunt breves quaedam narrationes factorum, quae ad causam controversam pertinent et de quibus actor,

*Leuren* vero h. t. q. 252. scribit: « Unde etiam *Card. De Luca*..... ait, contestatio litis iuxta iuris civilis rigorem aliquas exigit formalitates, per actoris scilicet interrogationem et rei responsionem aliasque solemnitates, quae tamen ubique fere ab aula exulare videntur, adeoque in Curia Romana lis contestari dicitur per illos primos actus, qui inter actorem et reum post legitimam citationem eiusque reproductionem sequuntur, quamvis dicta formalitas interrogationis et responsionis non servetur, cum ita per aequipollens servari dicatur ».

(25) Cap. 2. de iud. II. 1. in Clem.; cap. 2. de V. S. V. 11. in Clem.

(26) *Schmalzgr.* h. t. n. 4. et resp. S. C. C. in causa Monac. 23. Ian. 1875.; *Leuren* h. t. q. 252.; *Schulte* l. c. § 25. n. VII.

(27) Cap. 2. de sent. et re iud. II. 11. in Clem.; cap. 21. X. de iure iur. II. 24.

(28) *Bouix* l. c. II. p. 191.; *Muenchen* l. c. I. p. 393.; cap. 4. X. de proc. I. 38.; Instr. S. C. Ep. et Reg. 11. Iun. 1880. art. 26.; *Bouix* l. c. ad quaestionem « An etiam in processu criminali fiat litis contestatio ? » cum verbis *Pellegrini* docet: « Respondetur affirmative, non tamen servata solemnitate ut in causis civilibus, sed per interrogationem iudicis et responsionem rei inducitur litis contestatio, etiamsi procedatur per accusationem et accusator non sit praesens ». At pro procedura inquisitionis negat necessitatem contestationis litis, sed eius loco dicit sufficere interrogatorium seu « constitutum » rei, idest examinantis iudicis interrogationes et rei sic interrogati responsiones, ut « ubique admissum est ».

(29) *Durantis* in Speculo definit positionem: « Positio est brevis verborum formula mentem ponentis continens ad veritatem eliciendam concepta ». Unde ortum sit hoc institutum positionum nondum accurate scitur. Cfr. *Hupertz* l. c. p. 6. In Clementinis cap. 2. V. 11. iam vocatur « longaevus usus » et a *Durantis* « usus hominum in causis inolitus ».

(30) Cap. unic. X. h. t.; cap. 22. 54. § 3. de elect. I. 6.



ut ad onere probandi relevetur, petit responsum a reo. Iam vero huiusmodi interrogationes et responsiones ad facta non satis manifestant animum litigandi utriusque partis; ergo litis contestatio inde oriri nequit (31).

II. Neque per exceptiones sive declinatorias fori sive peremptorias (32), nisi admixtam habeant veram contradictionem (33).

III. Neque per acceptionem petitionis actoris ex parte rei aut confessione facta animo evitandi iudicium (34). Nam reus nequit cogi ad iudicium, si promptus est solvere.

459. Positiva ratione contestatio litis fieri debet per petitionem actoris et negationem sive contradictionem rei in iudicio propositam. — Quae negatio, ut inducat litis contestationem, debet esse:

I. De negotio, quod principaliter in libello proponitur (35).

II. Pura, non conditionata; nam litis contestatio est actus legitimus, qui conditionem non accipit (36).

III. Denique integra, ita ut si plura in libello petantur, ad omnia sese extendere debeat, ut lis de omnibus articulis oriri possit. Quodsi plura petuntur et uni tantum articulo contradicatur a reo, solummodo quoad illum articulum negatum lis contestata dici potest (37).

Nostra aetate, ante Const. Pii X. "*Sapienti consilio* „, cum non paucae controversiae, iuris ordine quoad substantiam servato, in Congregationibus Romanis cognoscerentur et definirentur (38), ex proprio stylo SS. Congregationum contestatio

(31) *Leuren* h. t. q. 251.; *Durantis* l. c. h. t. § Nunc dicamus n. 31.; *Muechel* l. c. p. 106.

(32) Cap. 2. h. t. in Sext.; R. I. 63. in Sext. Citato cap. 2. id expresse statuitur de exceptionibus peremptoriis; nam si oblato ab actore libello ex parte rei exceptio proponatur, nequaquam per hoc litis contestatio facta intelligitur. In ceteris vero exceptionibus eadem est ratio. Nam litis contestatio fieri nequit sine responsione ad petitionem actoris; excipiendo autem, sive peremptorie sive dilatorie, reus non respondet, cum intentionem actoris neque affirmet neque neget. Cfr. Reg. Iur. 63. in Sext.

Praeterea exceptiones dilatoriae opponuntur ad declinandum iudicium, peremptoriae vero omnino destruunt iudicium, ergo non opponuntur animo litigandi.

(33) Cap. 6. X. de except. II. 25.; cap. 16. X. de testam. III. 26.

(34) L. 21. D. de iud. V. 1.

(35) *Fagnan.* in cap. unie. h. t. n. 25.

(36) R. I. 50. in Sext.

(37) *Leuren* h. t. q. 246.

(38) Cfr. v. g. Acta S. Sed. vol. XX. p. 284.

litis censebatur facta, si v. g. in S. C. Ep. et Reg. coram Emo Cardinali, qui causae relator existerat, aut in S. C. C. coram auditore Secretarii eiusdem S. C. per partes fiebat concordatio de dubiis resolvendis (39). Eodem modo proceditur nunc in S. Rota. Nam in Lege propria Rotae can. 23. § 1. dicitur: “ Causa coram S. Rota introducta et instructa, actor vel etiam conventus, si ipsius intersit, Ponentem rogabit ut diem dicat alteri parti pro contestatione litis seu concordatione dubiorum .. Quae concordatio dubiorum, ut statuitur in “ Regulae servandae in praecipuis actis iudicialiis apud S. Rom. Rotae tribunal .., quae prius *ad experimentum* die 8. Sept. 1909. probatae sunt a Pontifice, et postea die 2. Aug. 1910. confirmatae, hoc modo practice facienda est, quemadmodum praescribitur in § 11. scilicet: “ 2. Acta, quae semper requirunt Praelati subscriptionem, sunt: dubiorum concordatio.... 3. Formula in dubiorum concordatione a studii Adiutore adhibenda erit sequens, (praemissa indicatione nominis R. P. D. Ponentis et causae tituli): Obtinuit et N. N., Adiutor a studiis Domini Ponentis, de consensu partium mandavit disputari infrascriptum dubium.... et destinavit diem.... „ Actus a partibus subscribitur et deinde studii Adiutor illum Ponenti subscribendum exhibet, nisi habuerit facultatem subscribendi dubium, quo in casu subscriptioni Adiutor a studiis adiunget: de mandato speciali Dni Ponentis. Circa autem dubiorum concordatorum mutationem servantur quae statuuntur in § 33 ..

Quodsi hoc loco et veteres et recentiores scriptores (40) inquirere solent, utrum etiam verbis affirmativis sive per confessionem rei inducatur litis contestatio necne, iam ex praenotationibus h. t. patet negativam sententiam esse praefendam et rem acu tetigisse videtur *Zallinger* h. t. § 107., cum breviter huic dubio respondet: “ Si rem et mentem potius spectemus quam verba, non aliter (quam negative) id facere (i. e. litem contestari reus) potest .. Nam unica ratio sententiae contrariae ex legibus et canonibus repetita vi probandi est destituta, et alii textus obstant adversariis, multoque magis rationes internae, quibus efficaciter responderi ab eis non potest, ut saltem ex parte fatetur ipse *Leuren* l. c.

(39) *Santi* h. t. n. 8.

(40) *Leuren* h. t. q. 248.; *Muechel* l. c. p. 109.; *Hupertz* l. c. p. 38. sq.

## § 4. DE EFFECTIBUS LITIS CONTESTATIONIS.

460. Effectus validae litis contestationis proprii et speciales sunt :

I. Constitutio iudicii, ita ut inde a litis contestatione vere et proprie iudicium inchoetur (41), et instantia currat (42).

II. Vi litis contestationis partes obligantur ex mutuo consensu et quasi contractu ad prosequendam litem; porro comparere debent in iudicio, quoties opus fuerit et stare sententiae latae. Hinc unus litigator altero invito a lite recedere nequit, secus tamquam litigator improbus ad expensas adversario resarciendas compelli potest (43).

III. Cum per petitionem actoris et negationem rei obiectum controversiae et cognitionis iudicialis accurate sit determinatum, omnes mutationes substantiales libellisunt exclusae (44).

IV. Actio etiam personalis per litis contestationem fit litigiosa (45). Qua ratione litis contestatio est efficacior citatione, quae solummodo rem facit litigiosam, de qua lis movetur ab actore per actionem realem (46).

V. Lite contestata iudex sive ordinarius sive delegatus non amplius tanquam suspectus recusari potest, nisi superveniat nova suspicionis causa, aut quae antea extiterit, fuerit ignorata. Nam partes praesumuntur per litis contestationem in iudicem consensisse et renuntiassse iuri suo illum recusandi (47). Neque amplius opponi possunt exceptiones declinatoriae fori vel dilatoriae, nisi ex nova causa ortae vel antea non cognitae fuerint (48). Etenim partes exceptionibus antea non oppositis tacite videntur renuntiassse.

(41) L. 15. D. ratam rem XLVI. 8.

(42) L. 13. Cod. de iudic. III. 1.

(43) § 1. Inst. de poen. temere litig. IV. 16.; cap. 3. X. de dol. et cont. II. 14.; cap. 1. de dolo et contum. II. 6. in Sext.

(44) *Schmalzgr.* h. t. n. 8.; *Leuren* h. t. q. 255. Ita etiam *Renaud* l. c. p. 190., ubi tradit hanc sententiam iam tenere *Tancredum*, Ordo iudic. tit. 13. § 2., innixum L. 3. Cod. de edendo II. 1. et § 34. Inst. de action. IV. 6. iunct. cum L. 23. et L. 74. pr. D. de iud. V. 1. et insuper dicit hanc esse hodie communem sententiam.

(45) L. 2. 4. Cod. de litigios. VIII. 37.

(46) *Schmalzgr.* h. t. n. 8.

(47) L. 52. D. de iudic. V. 1.; L. 4. Cod. de iurisd. omn. iud. III. 13.; cap. 25. X. de offic. et pot. iud. deleg. I. 29.

(48) Cap. 20. X. de sent. et re iud. II. 27.; L. 12. Cod. de except. VIII. 36.

VI. Post litem contestatam, mandatum, cum procurator fiat dominus litis, non iam revocari potest sine rationabili et cognita causa, propter quam sit suspectus aut ineptus ad causae patrocinium (49).

VII. Reus, qui lite contestata detrectat praestare iuramentum calumniae, haberi debet pro confesso, actor vero ab instituta cadit actione (50).

VIII. Iuxta lib. II. tit. 6. rubricam, lite nondum contestata procedi nequit ad testium receptionem vel ad sententiam definitivam (51).

IX. Litis contestatio interrumpit praescriptionem longi temporis, scilicet 10. vel 20. annorum, quam reus forte inchoaverat (52), quia possessor non amplius habet ignorantiam rei alienae (53).

X. Per contestationem litis, temporalis actio perpetuatur usque ad 40. annos, a tempore litis contestatae computandos (54).

XI. Actiones poenales quoad effectus civiles, quae ex delictis vel quasi delictis descendunt, ad haeredes reorum defunctorum transeunt (55).

XII. Missus in possessionem in reali actione post litem contestatam fit verus possessor (56).

## TITULUS XXII.

### UT LITE NON CONTESTATA NON PROCEDATUR AD TESTIUM RECEPTIONEM VEL AD SENTENTIAM DEFINITIVAM.

(*Lib. II. tit. 6. ut lite non cont. etc.*).

**461. Fontes:** In iure Rom. hic titulus non reperitur. — c. 1. C. II. q. 2.; c. 45. C. XI. q. 1. — Comp. III. quae est compil. authent. ab Innoc. III. a. 1210. publicata, prima vice habet hanc rubricam lib. II. tit. 3. « ut lite.... ad sent. diffinitivam », atque inde translata est in collect. authentic. Gre-

(49) Cap. 1. 2. 6. de procur. I. 19. in Sext.; cap. 4. de procur. I. 10. in Clem.; cap. 14. X. de procur. I. 38.; *Muechel* l. c. p. 138.

(50) Cap. 7. § 1. X. de iuram. calumn. II. 7.

(51) *Leuren* h. t. q. 255.

(52) L. 26. Cod. de rei vind. III. 32.

(53) Cfr. quoque cap. 5. § 7. X. ut lite II. 6.; *Leuren* h. t. q. 255. n. 4.; *Schmalzgr.* h. t. n. 8.; *Muechel* l. c. p. 130.

(54) L. 9. Cod. de praescript. VII. 39.

(55) Cap. 5. X. de rapt. V. 17.; cap. 14. X. de sepult. III. 28.

(56) *Schmalzgr.* h. t. n. 8.

gor. IX. lib. II. tit. 6. — S. C. C. in causa Monac. 23. Ian. 1875. apud *Santi* I. II. t. 6. n. 8. sq.; Act. S. Sed. vol. XII. p. 403. sq. caus. matrim. principis de Monaco (1879.-1880.).

**Scriptores:** Cfr. tit. praeced.; *Gonzalez Tellez* in cap. h. t.; *Votum* Em. Card. *Mertel* in cit. caus. Monac.; *Ponsius* l. c. p. 104. sq.

### Praenotiones.

**462.** Titulus iste sese habet ad instar merae appendicis tituli praecedentis de litis contestatione (1), ubi inter effectus litis contestationis etiam ille refertur, quod lite contestata iam ad testium receptionem et sententiam procedi possit. Cuius sanctionis positivae sensus contrarius in rubrica h. t. exhibetur et accuratius hoc loco explicatur (2).

**463.** Rubrica h. t. habet sensum perfectum (3), sive iustum,

(1) Quaestio cum titulo de litis contestatione intime connexa resolvitur tit. « ut lite pendente nihil innovetur ». Decretal. Gregor. IX. lib. II. tit. 16. Decretal. Bonif. VIII. lib. II. tit. 8.; Constit. Clem. V. lib. II. tit. 5. Cfr. quoque Cod. I. tit. 21.

(2) Apud Romanos lex dicebatur *perfecta*, quae sanctionem habuit adiunctam, idest clausulam finalem, actum contra legem gestum esse nullum et irritum.

*Lex minus quam perfecta* fuit lex, cui clausula illa finalis non fuit adiuncta, ideoque actus contra legem gestus valore non fuit destitutus, sed statuitur poena in contravenientes.

*Lex imperfecta* fuit illa, cui sanctio vel poena specialis in lege non fuit adiecta, sed magistratui executio legis fuit permissa. Cfr. *Vering* l. c. § 11.; *Bonfante*, Storia del Diritto rom. cap. 11. p. 251.; *Baviera*, *Leges perfectae*, minus quam perfectae, imperfectae, in Studi per Fadda, vol. II. p. 205.

Num antiqui Romani habuerint etiam leges plus quam perfectas, quae scilicet haberent sanctionem de nullitate actus contrarii et poenam specialem adnexam, non constat.

Theodosius II. et Valentinianus III. statuerunt omnes leges esse perfectas, nisi speciatim in lege tantum alia quaedam poena statueretur. Cfr. I. 5. Cod. de legib. I. 14.; *Wernz*, Ius Decret. t. I. n. 89.

(3) Rubrica dicitur habere sensum perfectum, si continet iudicium sive enuntiationem, non tantum inscriptionem, v. gr. de foro competente, qua uno alterove verbo summa rei in capitibus tituli contentae breviter insinuat. At sensus quidam perfectus habetur etiam in parte historica capitum, ubi non paucae occurrunt sententiae, quae perfectum sensum habent, v. gr. motiva legis; inde vero deduci nequit illas sententias habere vim legis. In parte autem dispositiva capitum reperiuntur legum sanctiones. Quare si dicimus rubricas habere vim legis si habeant sensum perfectum hoc ita est intelligendum, quod equiparandae sint parti dispositive capitum, quoniam continent praeceptum, vel vetitum ab ipso legislatore datum et promulgatum universae Ecclesiae. Ergo omnia habentur elementa legis ecclesiasticae, scilicet: 1° praeceptum vel vetitum legislatoris supremi,



generale atque stabile exhibet praeceptum, quod a Rom. Pontifice Gregorio IX., supremo et universali legislatore ecclesiastico, per insertionem in collectionem authenticam a se factam, universae Ecclesiae latum et sufficienter promulgatum est, ideoque vim verae et universalis legis in foro ecclesiastico obtinet (4).

#### § 1. DE VI ET RATIONE RUBRICAE HUIUS TITULI.

464. Rubrica h. t. continet regulam generalem, qua per modum praecepti negativi prohibetur receptio testium et sententia definitiva super causa principali ante litis contestationem. At ex verbis rubricae “ ad sententiam definitivam „ manifeste sequitur, lite non contestata licite posse procedi ad sententiam interlocutoriam de quaestionibus incidentibus et consequenter etiam ad testium receptionem, ubi opus sit ad sententiam interlocutoriam ferendam (5).

465. Cuius prohibitionis generalis hac rubrica contentae inprimis est ratio, quod receptio testium super causa principali ad informationem iudicis non raro ante litis contestationem plane frustranea esset atque adeo nulla et irrita, cum plane incertum sit iudicium de ea causa secuturum, minimeque constet num forte facta sit a iudice competente in causa. Sententia vero definitiva a iudice non est proferenda, antequam causa principalis vere in iudicium deducatur, et quid ab actore petatur et a reo negetur, sit accurate definitum. Id quod fit litis contestatione, quae est basis et fundamentum litis (6).

2<sup>a</sup> communitati datum, non personae particulari, 3<sup>a</sup> praeceptum vel vetitum iustum et perpetuum, non transiens, 4<sup>o</sup> promulgatum.

In iure quoque Romano similes rubricae habentur, quae etiam sensum perfectum referunt et novae leges existunt; v. gr. Cod. I. 21.: “ Ut lite pendente vel post provocationem aut definitivam sententiam nulli liceat Imperatori supplicare „.

(4) *Laurin* l. c. p. 160.; *Suarez*, De leg. l. I. cap. 12.

(5) Cfr. *Devoti* in opere mai. h. t. § 2. Sententia interlocutoria dicitur illa, quae non versatur circa principale negotium in iudicium adductum, sed respicit causam quamdam secundariam cum principali ita connexam, ut definienda sit, antequam de merito causae principalis cognoscatur.

Hinc testes recipi possunt: 1<sup>o</sup> ad probandas exceptiones dilatorias, v. gr. incompetentiae iudicis, excommunicationis vel alterius inhabilitatis actoris, spoli, etc. 2<sup>o</sup> ad probandas exceptiones peremptorias. Nam omnes istae exceptiones proponi saltem possunt et forte debent non contestata lite, quia litis ingressum impediunt.

Idem dicendum de aliis quaestionibus distinctis a causa principali, v. gr. an reus legitime sit citatus, an sit contumax, etc.

(6) *Leuren* h. t. q. 256.

## § 2. DE CASIBUS PROHIBITIONE HUIUS RUBRICAE COMPREHENSIS.

**466.** Antiquo iure Decretalium (cap. 1. X. h. t.), si actum est de crimine adulterii in ordine ad separationem thori et cohabitationis, vel ad restitutionem dotis, etiamsi reus in comparando fuerit contumax, tamen ad receptionem testium et sententiam definitivam procedi non potuit, sed ob contumaciam non purgatam excommunicatio rei fuit permissa (7). At, cum iam pridem in causis matrimonialibus, etiam sponsalium et separationis a thoro et cohabitatione, tum iuxta legitimam iuris interpretationem (8), tum ex consuetudine passim recepta (9), processus summarius adhibeatur, ratione habita in causis vinculi matrimonialis Constitutionis Bened. XIV. "*Dei miseratione*", 3. Nov. 1743. (10), ius hoc capite constitutum tamquam antiquatum est habendum et responsum S. C. C., in causa Monacensi 23. Ianuar. 1875. datum, iure merito aliis quoque re-gionibus applicari potest.

**467.** In causis restitutionis, sive possessionis, sive in inte-

(7) Cuius responsionis eam afferunt rationem, quod causa illa separa-tionis a thoro et cohabitatione sit odiosa, cum non tantum agatur de prae-iudicio partis accusatae, sed etiam ipsius matrimonii, contra cuius naturam est illa separatio quoad thorum, " adeoque in hoc casu observandus est processus ordinarius requirens praevidiam litis contestationem ".

Ita *Leuren* l. c. h. t. q. 257. citans Glossam in cap. Dispendiosam de iu-die, in Clem., et *Laymann* in cap. 1. h. t., et mox addit: " Quare hic casus est specialis, cum alias in causis matrimonialibus, utpote summariis ob favorem matrimonii, dum de eius vinculo aut favore agitur, procedi possit ad sententiam sine litis contestatione, quia periculum est in mora ".

At confer cap. 5. h. t. § 4.: " Si autem de carnali coniugio sit agen-dum, tam diu alter coniugum expectetur, donec de ipsius obitu verisimi-liter praesumatur, quia, cum sine culpa sit absens, ut, si captivitate vel aegritudine aut alio iusto impedimento forsitan teneatur, aut etiam pro-pria, sed non malitiosa voluntate, in remotis partibus moram faciat, ut de facili vel in brevi citari non possit, ei quidem praecudicari non debet, cum habeat forsitan exceptiones legitimas ad intentionem contrariam elidendam, eo nequaquam obstante, quod de lapsu carnis posset opponi, quoniam in coniugio multi casus occurrunt, in quibus coniuges sine culpa, sed non sine causa, continere coguntur ".

(8) Cap. 2. de iud. II. 1. in Clem.; cap. 2. de V. S. V. 11. in Clem.

(9) Instr. *Card. Rauscher* §§ 209. 212. 215. 241.; *Schulte*, Eheprocess § 4.

(10) Quae *Bouix*, De iud. eccl. II. 445. sq., atque *Muenchen* l. c. I. 344., innixus Glossae atque veteribus quibusdam canonistis, sententiae in textu propugnatae opponunt, non sunt magni ponderis et optimo iure etiam *Feije*, De imp. et disp. matrimonialib. n. 593. non admittit sententiam *Bouix*. Cfr. *Zeitsch. f. k. Theol.* tom. XIII. p. 699.

grum, sententia lata contra contumacem, lite non contestata, est ipso iure nulla (11).

468. Si reus contumaciter sese absentet, et causa talis fuerit, in qua fieri nequeat missio in possessionem rei petitaе vel aliorum bonorum et iurium contumacis, in quam alias custodiae causae (12) actor induendus esset, per censuram ecclesiasticam compelli debet, ut in iudicio compareat et litem contestetur, verum ad instantiam actoris lite non contestata ad receptionem testium et sententiam definitivam non est procedendum (13).

469. Si in causa matrimoniali de vinculo coniugii testes recepti fuerunt ante litis contestationem vel post interpositam appellationem, nulla praecedente contumacia rei conventi, attestations receptae et acta omnia iuxta cap. 4. X. h. t. sunt ipso iure irrita. Nam contra reum, qui sine sua culpa abest, vel citatus absque contumacia non compareat, ordo iudicialius perverti non debet, ideoque lite non contestata testes contra eum recipi nequeunt; at id fieri potest, ut statuitur cap. 5. § 1. X. h. t., contra reum contumaciter suaeque culpa absentem (14).

(11) Cap. 2. X. h. t.; *Pirhing* h. t. n. 4. 5.

(12) Dicitur "custodiae causa", quia per hanc immissionem non fit verus possessor, sed solus custos et detentor, ita ut nec fructus rei detentae lucretur. Cfr. *Pirhing* h. t. n. 8. 25.

Contrarium obtinet de actore, si is post oblatum libellum et ante litis contestationem se absentet et ad instantiam rei citatus non compareat. Nam hoc casu iudex reum audire eiusque defensionem suscipere ac sententiam definitivam pronuntiare potest lite non contestata (cfr. Auth. Qui semel Cod. VII. 43.), quoniam magis odiosa est absentia actoris quam rei, et quia iura magis reis quam actoribus favent, ne pro lubitu actorum vexentur. Nihilominus in causis quoque beneficialibus, electionis et generatim in iis quae celerem expeditionem requirunt, si reus absentet se contumaciter, potest contra eum procedi ad sententiam lite etiam non contestata. Cfr. cap. un. de eo qui mittitur in possess. II. 7. in Sext.; *Leuren* l. c. q. 257.

(13) Cap. 3. X. h. t.; cap. 1. X. de eo qui mittitur in poss. II. 15.; cap. unic. eod. II. 7. in Sext.; *Pirhing* h. t. n. 7. 8. 9.

(14) *Pirhing* h. t. n. 10.; Act. S. Sed. vol. XII. p. 404. 405. Quae hoc capite de litis contestatione dicuntur, certe post ius a Clementinis inductum non amplius valent, quia post illud in causis nullitatis matrimonii processus summaris fuit institutus, et sollemnis litis contestatio non amplius requiritur.

At nostra aetate idem dicendum esset, si nulla praecedente contumacia nullitas matrimonii decerneretur, praesertim in casu cap. 5. h. t., scilicet si non constaret certo de morte coniugis, cum sola probabilitas hac in re non sufficiat.

470. Per sensum contrarium ex cap. 5. X. h. t. deductum sequitur, nunquam in causis criminalibus criminaliter intentatis, ad instantiam actoris ante litem cum reo contestatam, procedi posse ad receptionem testium pro futura accusatione, nisi criminis probandi facultas ob testium absentiam vel mortem forte secuturam postea non iam haberi possit. Etenim ordo iudiciarius tum accuratissime est servandus, cum de gravissimo et irreparabili damno agitur. At licet “ pro futura accusatione „ id merito negetur, tamen ad defensionem et probationem innocentiae reus producere potest testes atque petere ut recipiantur (15).

§ 3. DE CASIBUS A PROHIBITIONE HUIUS RUBRICAE EXCEPTIS.

471. In iudiciis ordinariis sive solemnibus (in summariis non requiritur litis contestatio iuxta cap. 2. V. 11. in Clem.), si agitur civiliter, potest sine litis contestatione ad testium receptionem procedi:

I. Si alias elabatur facultas ferendi et recipiendi testimonii. Qua de re iudicium est penes iudices pro suo prudenti arbitrio, v. g. audito consilio medicorum (16).

II. Si receptio testium adhibeatur a reo ad perpetuam rei memoriam et futuram defensionem. Quare in hoc casu reus est melioris conditionis quam actor (17).

III. Si iudex ex officio procedit per viam inquisitionis generalis, ex praevia quadam fama publica de crimine patrato, testes recipi possunt ante ullam litem contestatam; nondum enim inquiritur in personam certam et determinatam (18). Neque quidquam obstat, quominus in instructione causae criminalis testes recipiantur, antequam reus vocetur ad examen (19). Idem multo magis fieri potest, postquam reus legitime citatus in comparando sit contumax (20).

Hinc quoad declarationem nullitatis et separationem a thoro nunc aequalitas est servanda, scilicet idem praevalet ius in casu contumaciae.

(15) *Leuren* h. t. q. 257. n. 5.; *Schmalzgr.* h. t. n. 5.

(16) Cap. 5. X. h. t.; cap. 41. X. de testib. II. 20.; cap. 4. de conf. ut. vel inut. II. 30.; *Schmalzgr.* h. t. n. 4.; *Leuren* h. t. q. 258.

(17) Cap. 5. § 5. X. h. t.; cap. 4. X. de conf. II. 30.; *Schmalzgr.* h. t. n. 6.

(18) Si proceditur ex officio, verus actor non datur, sed tantum fictus; quare litis contestatio fieri non potest, quae proinde tunc tantum requiritur, cum proceditur ad instantiam partis.

(19) Instr. S. C. Ep. et Reg. 11. Iun. 1880. artic. 15. sq.

(20) Instr. cit. art. 24. sq.; *Pirhing* h. t. n. 22. 15. 16.



IV. Si agitur de valore matrimonii spiritualis contracti inter Praelatum et Ecclesiam (21). Nam si agitur de Praelato iam canonice instituto, ob crimen commissum amovendo, etiamsi contumaciter absit, lite non contestata ad receptionem testium non statim est procedendum, multoque minus ad illius condemnationem, sed excommunicandus est. Quodsi ne tunc quidem intra annum compareat, contra ipsum recipiendi sunt testes et in casu legitimae probationis criminis ferenda est sententia privationis. At si agitur de amovendo Praelato ob nullitatem electionis, sive ex defectu personae, sive ex defectu formae, potest procedi ad testium receptionem et sententiam definitivam absque litis contestatione, si contumax fuerit (22). Si vero absit sine contumacia, aut ignoretur, ubi sit, expectandum erit per temporis spatium a sacris canonibus definitum (23).

V. Si actor post oblatum iudici libellum legitime citatus contumaciter sese absentet, prout reus voluerit, aut ab instantia absolvetur, aut ad testium receptionem ipsamque sententiam definitivam procedi poterit (24).

(21) Cap. 5. §§ 1. 2. 3. X. h. t.

(22) Cap. 5. X. h. t. § 1.

(23) Cap. 6. de elect. l. 6. in Sext. et cap. 5. § 3. X. h. t.; *Pirhing* h. t. n. 19. 20.

(24) Auth. Qui semel Cod. quom. et quand. VII. 43.; cap. 3. X. de dolo II. 14.; *Leuren* h. t. q. 259. Ut generatim ad testium receptionem, lite non contestata, procedi possit, quatuor requiruntur conditiones:

1<sup>o</sup> Causa rationabilis, v. gr. si timeatur, ne testium copia elabatur.

2<sup>o</sup> Citatio partis, contra quam testes producuntur, saltem si commodè et absque periculo fieri potest, ut receptioni testium eorumque iuramento intersit.

3<sup>o</sup> Ut dum reus citari nequit, actor eundem infra annum (scilicet continuum, ita ut etiam currat diebus feriatis) a tempore, quo potuit conveniri, conveniat, vel saltem receptionem testium ei denuntiet; alias receptio testium est nulla.

4<sup>o</sup> Ut agatur civiliter, non criminaliter. Cfr. *Leuren* l. c. q. 258. — Cap. 4. h. t. agitur de causa nullitatis matrimonii, et receptio testium declaratur nulla, quia facta fuit ante litis contestationem. At nemo nunc iam dubitat, quin saltem in causis nullitatis matrimonialibus per Clementinas fuerit introductus processus summarius, in quo sollemnis illa litis contestatio non amplius requiritur, nec ex Const. Benedicti XIV. « *Dei miseratione* » colligi potest necessitas sollemnis contestationis; ergo hoc caput extendi tantum potest ad casum, quo illa quasi litis contestatio non sit facta.



## TITULUS XXIII.

### DE IURAMENTO CALUMNIAE

(*Lib. II. tit. 7. de iuram. cal.*).

**472. Fontes:** § 4. Inst. de poen. temere litig. IV. 16.; Dig. III. 6. de calumn.: Cod. II. 59. de iureiur. propter cal. dand.; Novell. 124. cap. 1.; Novell. 49. cap. 3. — C. XXII. q. 1. — Cpl. I. l. I. t. 35. de iuram. cal.; Cpl. III. l. I. tit. 26. eod.; Cpl. V. l. I. t. 25. eod. — Decretal. Gregor. IX. l. II. t. 7. eod.; Decretal. Bonif. VIII. l. II. tit. 4. eod. — Conc. Roman. (a. 1725.); Conc. Firman. (Collect. Lac. p. 364. 596.).

**Scriptores:** Commentatores iur. Rom. in cit. tit.; *Arndts-Serafini* §§ 328.; *Renaud* l. c. § 55.; *Keller* l. c. § 58. 64. — Commentat. iur. Decretal. in h. t.; *Zech* l. c. tit. 29. de iuramentis §§ 392. 393.; *Devoti*, Inst. can. l. III. t. 8. de iuram. — *Pill.* l. c. P. III. § 1. sq.; *Tancred.* l. c. P. III. t. 2. de iuram. cal.; *Gratia* l. c. P. II. t. 2. de iuramentis de cal. et de verit. dic.; *Durantis* l. c. l. II. partic. 2. tit. de iuramento cal.; *Muenchen* l. c. I. p. 224. 225. 260.; *Bonix* l. c. II. p. 194.; *Muechel* l. c. p. 140.

#### Praenotiones.

**473. Connexio materiae.** Cum litis contestatione facta, ex iuris antiqui sanctionibus, a litigatoribus iuramentum calumniae praestari soleret in primo litis exordio (1), S. Raymundus discedens ab ordine titulorum antiquarum compilationum, ut patet ex fontibus, optimo iure post titulum de litis contestatione inseruit titulum de iuramento calumniae (2).

**474. Definitio.** Iuramentum *calumniae* sensu stricto est iuramentum post litis contestationem (3) a litigatoribus (4) in iudicio

(1) Cap. 1. X. h. t.

(2) Iuramentum hoc vocatur « *calumniae* » (*Gefährdeid*), eo quod partes iurent se litem non suscipere animo calumniandi. Cfr. *Renaud* l. c. p. 134.; *Schmalzgr.* h. t. n. 1.

Porro *calumnia* alio modo intelligitur in criminalibus, alio modo in civilibus. In illis enim nihil aliud est quam « *falsa crimina intendere* », ut dicitur in L. 1. § 1. D. Ad SC. Turpillianum XLVIII. 16. In civilibus vero est per *fraudem* alios litibus vexare vel per meras frustrationes negotium differre, ut dicitur in L. 233. pr. D. de Verb. Sign. L. 16.

(3) « Post litis contestationem ». Fieri enim *debet* (dicit *Leuren* h. t. q. 260.) statim ab initio litis iuxta cap. 1. § 1. h. t. et L. 2. Cod. h. t.; ubi tamen id factum non est, *poterit* in qualibet litis parte fieri, ut dicitur cit. cap. 1. h. t. in Sext., ubi etiam additur ratio, quod huiusmodi iuramentum ab *initio* litis praestari non sit de substantia ordinis iudiciarii, et per hoc etiam differt a iuramento malitiae, quod fieri quoque potest *ante litis contestationem*.

(4) « A litigatoribus », idest ab utraque parte. Nam iuramentum ca-

super tota causa (5) emissum, quo imprimis *affirmant*, sese bona fide (6) in iudicium descendere, et praeterea, tam in agendo quam in defendendo, se absque fraude litem persecuturos esse promittunt (7). Quare hoc iuramentum quoad primum membrum est iuramentum *assertorium*, partim de credulitate, partim de veritate, quoad alterum membrum est *promissorium* iuramentum (8). Quodsi huiusmodi iuramentum existit non super tota causa, sed super speciali quodam articulo, sive ante litis contestationem, sive postea in qualibet processus parte, id vocatur iuramentum *malitiae*. Denique habetur iuramentum *de veritate dicenda*, quod potest esse iuramentum promissorium litigatorum ab exordio litis emissum, se velle veritatem dicere, aut assertorium de veritate modo dicta in processu.

**475. Divisio.** Iuramentum calumniae, si sensu lato haec vox intelligatur, dividi potest in iuramentum calumniae *generale* et in *speciale*. Illud est iuramentum calumniae sensu stricto acceptum, ad quod revocari potest generale iuramentum promissorium ab initio litis emissum de veritate per totum processum dicenda; alterum comprehendit iuramentum malitiae et de veritate dicenda in determinatis articulis (9).

calumniae et ab actore et a reo est praestandum, et *prius* quidem *ab actore*, quod existimet se ius bonum habere (et prior debet iuramentum praestare, quia ipse ad iudicium provocavit), *deinde a reo*, quod iustam putet se habere causam ad resistendum. Cfr. L. 2. Cod. h. t.

(5) « Super tota causa ». Etenim hoc iuramentum semel emissum sese extendit ad *omnes* reliquas partes litis, qua re differt a iuramento *malitiae*, quod commemoratur cap. 2. h. t. in Sext. Nam hoc exigitur super particularibus articulis, et *toties* exigi potest, quoties est praesumptio de malitia; et in hoc iuramentum calumniae differt etiam a iuramento *de veritate dicenda*, quod illud pariter non de tota causa, sed de *uno* dumtaxat articulo exigatur.

(6) « Bona fide ». Id est iuramentum calumniae est quoad primum membrum iuramentum *credulitatis*, in quo differt a iuramento *veritatis*, quo quis iurat se scire rem ita se habere, non tantum se credere ita esse. Hinc ad iuramentum calumniae non sunt extendendae *dilationes*; non enim quis iurat suam causam esse bonam, sed se hoc credere.

(7) *Leuren* h. t. q. 260. 261.; *Bouix* l. c. p. 194.

(8) *Schmalzgr.* in l. II. tit. 24. n. 8. 9.

(9) *Schmalzgr.* h. t. n. 2. Super obiectum istius iuramenti Glossa in cap. 2. h. t. hos habet versiculos, quos curiositatis gratia iuvat hic referre:

Illud iuretur quod lis sibi iusta videtur;  
Et si quaeretur, verum non inficietur,  
Nil promittetur, nec falsa probatio detur;  
Ut lis tardetur, dilatio nulla petatur.

**476. Notae historicae.** Cum per iuramentum veritas eliciatur (10), et homines fide semel data vinculo religionis adstricti, propter metum periurii et ultionis divinae, ab iniusta vexatione et calumnia efficacius deterreantur (11), inde iam ab antiquissimis temporibus legibus Romanis iuramentum calumniae a litigatoribus praestandum introductum fuerat. Quod iuramentum calumniae generale maxime fuit assertorium de credulitate (" se non calumniae causa litem intendere, se non calumniae causa inficias ire „), at magis magisque tanquam promissorium etiam ad futuram proceduram fuit extensum (12).

Ecclesia quoque in suo foro hanc solemnitatem ordinis iudiciarii Romani adoptavit; sed pro sua sapientia non paucas induxit moderationes, ut constat ex variis capitibus h. t. (13). Bonifacius VIII. vero in Sexto ius constitutum a Gregorio IX. partim correxuit (14), partim resolutione dubiorum accuratius definivit (15). Similiter in tribunalibus ecclesiasticis iuramentum malitiae, iam a iure Romano non alienum (16), pariter est receptum (17). Qua in re potissimum Bonifacius VIII. illud dubium resolvit, quod, non obstante iuramento calumniae generali sive de veritate dicenda, iudex a partibus possit exigere iuramentum malitiae, quoties viderit expedire (18).

Paulatim tum consuetudine (19), tum expressis iuris sanctionibus (20), non leves in hac materia introductae fuerunt mutationes, ita ut nostra aetate saltem iuramentum calumniae generale recesserit a foro ecclesiastico (21).

#### § 1. DE NECESSITATE IURAMENTI CALUMNIAE.

**477.** Iure antiquo Decretalium iuramentum calumniae ab altero litigatore exactum necessario fuit praestandum, tam-

(10) Cap. 5. X. h. t.; cap. 32. X. de iureiur. II. 24.

(11) L. 1. Cod. h. t.; Authent. Principales § 8. Cod. eod.

(12) Nov. 124. cap. 1.; Novell. 49. cap. 3.

(13) Cfr. quoque *Devoti*, in op. mai. h. t. § 1. not. 3.

(14) Cap. 2. X. h. t.; cap. 1. § 2. h. t. in Sext.).

(15) Cap. 1. 2. 3. h. t. in Sext.

(16) Novell. 90. cap. 40.

(17) Cap. 15. 55. X. de testib. II. 20.; cap. 13. X. de rest. spol. II. 13.; cap. 32. X. de elect. I. 6.

(18) Cap. 2. § 2. h. t. in Sext.

(19) *Giraldi*, Exp. iur. pont. P. I. sect. 233. 237. 275.

(20) Conc. Rom. et Firm. l. c. in fontib.

(21) *Santi* h. t. n. 6.; *Bened. XIV.*, De beatif. lib. II. cap. 48. n. 3.; *Bouix* l. c. II. p. 200.; *Schulte*, Eheprocess § 23. i. f.

quam solemnitas ad substantiam sive valorem processus canonici et sententiae latae requisita (22). At ubi in tota causa iuramentum calumniae tacite fuit omissum, iudicialis processus alias factus legitime, non fuit nullus neque etiam annullandus (23).

478. I acto expresso vel collusione tacita litigatores sibi iuramentum calumniae remittere non possunt, ne sibi videantur dare securitatem et licentiam calumniandi (24), remittere vero possunt tacite, ut deducitur ex cit. cap. 1. § 1. h. t. in Sext. Nam non conceditur libertas calumniandi tacita illa remissione, cum utraque pars semper timere debeat, ne exigatur iuramentum sive ab altera parte sive a iudice, qui illud ex officio imponere potest (25); et praestito iam iuramento calumniae praeterea iuramentum malitiae iudex ex officio exigere non prohibetur, quoties viderit expedire (26). Quodsi iudex videat, manifestum esse periurii periculum, iuramentum, quod forte exigitur, prohibere potest et debet; leges enim calumniis atque periuriis nolunt viam aperire.

479. Consuetudine legitima non tantum effici potest, sed iampridem revera effectum est, ut iuramentum calumniae generale in foro quoque ecclesiastico non amplius exigatur (27). Quare quae contra talem consuetudinem non raro veteres scriptores, non admodum validis innixi argumentis, disputarunt, archaeologiae canonicae atque controversiis antiquatis sunt adnumeranda (28).

(22) L. 2. § 4. Cod. h. t.; cap. 1. X. h. t. *Leuren* h. t. q. 262.; *Schmalzgr.* h. t. n. 4.

(23) Cap. 1. § 1. h. t. in Sext.

(24) L. 2. § 4. Cod. h. t. Nam iuramentum calumniae non est introductum in commodum privatorum, sed propter bonum publicum, ut fraudes evitentur et veritas eliciatur, cui utilitati publicae pactis privatorum derogari non potest; atque huiusmodi consensus tamquam pactum de re turpi merito a iure reprobat. Cfr. *Leuren* l. c. h. t. q. 263.

(25) Auth. Principales § 4.

(26) Cfr. cap. 2. § 2. h. t. in Sext.

(27) *Santi* h. t. n. 6.; *Bouix* l. c. II. p. 200.

(28) *Schmalzgr.* h. t. n. 5.; *Leuren* h. t. q. 264. *Leuren* et *Schmalzgr.* iam proxime ad nostram sententiam accedunt; et nostra aetate habemus firmissimum pro ea argumentum ex facto. Porro ab esse ad posse valet illatio. Ceterum probari hoc facile potest ratione. Nam iuramentum calumniae in foro ecclesiastico introductum est iure humano, non iure naturali vel divino positivo. Atqui ius humanum contraria consuetudine, quae sit rationabilis et legitime praescripta, potest abrogari. Stat ergo quod huiusmodi consuetudo potuit introduci. Quod autem consuetudo haec possit esse rationabilis, patet ex eo quod, si homines sunt bonae indolis, tunc iu-

§ 2. DE PERSONIS HABILIBUS AD EXIGENDUM  
VEL PRAESTANDUM IURAMENTUM CALUMNIAE.

480. Iudex ab initio litis procul dubio potuit partibus imponere generale iuramentum calumniae, imo debuit etiam reiecta appellatione, si saltem una pars id exegit (29). Praeterea quoties videtur expedire, iudex ecclesiasticus iuxta cap. 2. § 2. h. t. in Sext. exigere potest in qualibet iudicii parte iuramentum malitiae, etsi iuramentum generale calumniae iam fuerit emissum ab exordio litis.

481. Quemadmodum exigere iuramentum calumniae possunt omnes, qui suo vel alieno nomine comparent in iudicio, ita regulariter illud praestare tenentur permittente iudice omnes litigatores, actores et rei, sive suo sive alieno nomine iudicium suscipiant, modo personam habeant legitimam standi in iudicio (30). Quodsi pars, praestito iam iuramento calumniae, sibi procuratorem substituit, is idem iuramentum emittere tenetur (31).

482. Partes principales etiam per procuratorem speciali mandato munitum iuramentum calumniae praestare a iure non prohibentur (32). At qui generalem habent alienorum bonorum administrationem, velut tutores, curatores, syndici, speciali mandato non indigent (33).

483. Iuxta cap. 1. X. h. t. (in praxi non observatum) Episcopus comparens ut actor in foro saeculari, hoc iuramentum inconsulto Rom. Pontifice non debuit praestare, sicuti nec clericus inconsulto Episcopo. Episcopus autem si per se ipsum litiget (id quod non decet, sed potius fiat per syndicum) (34), propositis tantum, non tactis Evangeliiis iuret (35).

ramentum hoc non est necessarium; vel crescit perversitas et malitia, et tunc crescunt etiam periuria et proinde pericula peierandi. Iamvero in utroque casu consuetudo est rationabilis. Neque enim id tantum est rationabile, quod est optimum, sed id quoque quod bonum est; et praeterea si aliquid ordinarie necessarium non est, ipsius omissio est rationabilis.

(29) *Schmalzgr.* h. t. n. 4.

(30) L. 2. Cod. h. t.; cap. 1. X. h. t.

(31) Cap. 2. h. t. in Sext. De exceptionibus ab ista regula confer: *Schmalzgr.* h. t. n. 7. 8.; *Zallinger* h. t. § 115.

(32) Cap. 3. X. h. t.; cap. 3. h. t. in Sext.

(33) Cfr. cap. 4. 6. X. h. t.

(34) Cfr. *Schmalzgr.* h. t. n. 9.

(35) Cap. 7. X. h. t.



Clerici in foro ecclesiastico, si ab iis exigatur iuramentum calumniae, in causis propriis id omnino praestare obligantur (36).

### § 3. DE CAUSIS IURAMENTO CALUMNIAE OBNOXIIS.

484. Regulariter iurandum est de calumnia in causis omnibus, in quibus opus est probatione (37), nec per se excipiuntur causae summario processu definiendae (38), nec causae spirituales, v. g. de beneficiis (39), nec causae appellationis, licet in prima instantia iuramentum calumniae fuerit emissum (40).

485. Ob periculum periurii in causis criminalibus a reo principali criminaliter examinato non est exigendum iuramentum de veritate dicenda, sub poena nullitatis integri processus iuxta Concilium Romanum a. 1725. l. c.; at iuxta notificationem 24. Apr. 1728., reus principalis admittitur ad iuramentum de veritate dicenda quoad complices (41). Quae decreta Concilii Romani, licet proxime tantum provinciae ecclesiasticae Romanae promulgata fuerint, consuetudine iam universali ubique videntur esse recepta et observanda (42).

### § 4. DE FORMA, TEMPORE, LOCO PRAESTANDI IURAMENTUM CALUMNIAE.

486. Iuramentum calumniae defertur auctoritate iudicis in loco publico iudicii eo tempore, quo lis contestata est, vel statim postea, et coram eodem iudice, praesente adversario vel eius procuratore, tactis sacris Scripturis, si iurans non sit in sacris constitutus; propositis tantum Evangeliiis et manu pectori admota, si iuret Episcopus vel clericus in sacris constitutus (43).

(36) Cap. 5. X. h. t.; *Zallinger* h. t. § 115; *Schmalzgr.* h. t. n. 8. 9.

(37) L. 2. Cod. h. t.

(38) Cap. 2. de V. S. V. 11. in Clem.

(39) Cap. 1. § 2. h. t. in Sext., quo cap. 2. X. h. t. fuit correctum.

(40) Cfr. cap. 2. h. t. in Sext.

(41) *Giraldi* l. c. P. I. sect. 275.; *Thesaurus*, De poen. eccl. v. Iuramentum cap. 2.; *Droste* l. c. p. 119.

(42) *Bouix* l. c. II. p. 200.

(43) Cap. 1. X. h. t.; cap. 1. h. t. in Sext.; *Bouix* l. c. p. 198.; *Leuren* h. t. q. 272.; *Schmalzgr.* h. t. n. 13. 14.

## SECTIO III.

### DE ACTIBUS QUIBUSDAM IUDICIALIBUS INCIDENTIBUS.

## TITULUS XXIV.

### DE CAUSA POSSESSIONIS ET PROPRIETATIS (1).

(*Lib. II. tit. 12. de causa poss. et propr.*).

**487. Fontes:** Inst. IV. 15. de interdictis; Dig. XLI. 1. de inquirend. rer. dom., 2. de acq. vel am. possess., XLIII. 1. de interdictis sive extraord. actionib., 2. quorum bonor.; Cod. VII. 32. de acq. et retin. poss. VIII. 1. de interdictis, 2-6. incl. — Cpl. I. I. II. tit. 8. d. caus. poss. et propr. in eod. iud. mota; Cpl. III. I. II. tit. 5. d. c. p. et propr.; Cpl. V. I. II. tit. 6. eod. Decretal. Greg. IX. lib. II. tit. 12. eod.; Clem. lib. II. tit. 3. eod. — S. C. C. 19. Dec. 1868. in Act. S. Sed. vol. IV. p. 383. sq. (2).

**Scriptores:** Commentat. iur. Rom. in tit. cit.; *Arndts-Serafini* I. c. § 126. sq. § 165. sq.; *Vering*, Gesch. u. Pand. § 136. sq. § 114. n. 16. § 150.; *Accarias* I. c. n. 199. sq.; *Van Welter* I. c. § 142. sq.; praesert. § 152-157; *Keller* I. c. § 74. sq.; — *Commentator. iur. Decretal.* in h. t.; *Zeeh* I. c. tit. 20. de causa poss. et propr. — *Pilius* I. c. P. II. § 22. sq. de incident. quaest.; *Tancred.* I. c. P. II. tit. 9. de libell. recuper. possess., t. 10.-13.; *Durantis* I. c. I. II. partic. 1. tit. de petito. possess. et spolia.; *Ioann. Urb.* I. c. P. I. cap. 23. de triplici possessorio — *Muenchen* I. c. I. p. 345. sq.; *Lega* I. c. t. I. n. 187. sq.; *Messa G. C.* La procedura romana degli "Interdicta", Milano, 1905.

### Praenotiones.

**488. Connexio materiae.** Litis fundamento iacto per litis contestationem, transeundum iam esset ad disputationem de cognitione et disceptatione iudiciali, quae probationibus et de-

(1) *Tancredus* has quaestiones de recuperanda, acquirenda, retinenda possessione iam ponit in P. II. et coniungit potius cum titulo de libelli oblatione ante titulos de satisfactionibus et aliis generalibus et praeparatoriis. *Durantis* agit de petitorio, possessione, spoliatione in fine partic. 1., antequam transeat ad partic. 2., in qua prima rubrica est "de litis contestatione". *Ioannes Urbach* coniungit hanc quaestionem cum titulo de libelli oblatione et postea agit de exceptionibus, de reconventionibus et deinde transit ad P. II., quam incipit a litis contestatione.

(2) *Gregor. XVI.*, *Regolam. giud.* § 530. sq. Delle cause di sommarissimo possessorio; Cod. proced. civ. Ital. art. 443. sq. Del g'udizio possessorio; Cod. proced. civ. Gall. art. 23. sq.

fensionibus continetur atque definitioni causae sive sententiae iudiciali eiusque executioni necessario est praemittenda. Cui disputationi inde a tit. 18. de confessis et tit. 19. de probationibus auspicandae, quasi viam praeccludunt tituli quidam de quaestionibus incidentibus, e quibus tit. 12. et 13. forte aut parti propriae de proceduris specialibus reservari (3), aut, ut alii tituli huius sectionis, quemadmodum iam insinuatum est, aptiori loco secundum ordinem forensem inseri possent (4).

**489. Definitio.** Possessio dicitur detentio rei vel usus iuris, animo rem illam vel ius sibi habendi, iuris adminiculo concurrente (5). Ex detentione, quae possessio facti (6) vocatur,

(3) Gregor. XVI., Regol. giud. § 1427.; *Muenchen* l. c. I. p. 345.

(4) Cfr. v. g. *Durantis* l. c.; *Tancred.* l. c. *Zech* l. c.

(5) Possessio significat ipsam rem possessam, ut constat v. gr. ex L. 115. de verb. signif. D. L. 16., ubi inquiritur de differentia inter praedium, agrum et possessionem, et dicitur: « Quaestio est: fundus a possessione vel agro vel praedio quid distet? Fundus est omne, quidquid solo tenetur. Ager est, si species fundi ad usum hominis comparatur. Possessio ab agro iuris proprietate distat: quidquid enim apprehendimus, cuius proprietates ad nos non pertinet, aut nec potest pertinere, hoc possessionem appellamus; possessio ergo usus, ager proprietates loci est. Praedium utriusque superscriptae generale nomen est; nam et ager et possessio huius appellationis species sunt ».

Aliquando vero possessio vel ipsam proprietatem significat, ut monet *Paulus* L. 78. de verb. signif.: « Interdum proprietatem quoque verbum possessionis significat ». At in hac praesenti disputatione maxime accipitur pro actu sive iure possidendi, a quo denominatur possessor vel res possessa. Porro actus possidendi dici solet possessio facti, ius vero possidendi vocatur possessio iuris.

(6) Possessio facti est detentio rei corporalis, corporis, animi et iuris adminiculo suffulta. Dicitur autem:

1<sup>o</sup> Detentio, nam sicut possessio acquiritur dum res corporis, animi, iuris adminiculo apprehenditur, ita, dum apprehensa res detinetur, illa possessio acquisita continuatur.

2<sup>o</sup> Rei corporalis, quia res incorporeales, veluti ius decimandi, seu servitutes, ius eligendi, proprie non possidentur, sed quasi possidentur, licet aliquando promiscue haec vox possessionis de corporalibus et incorporalibus adhibeatur.

3<sup>o</sup> Corporis, idest detentio debet esse vere corporalis sive physica, aut vere aut saltem fictione iuris.

4<sup>o</sup> Animi, idest debet haberi intentio rem habendi ut suam, secus consideremus quidquid pedibus calcamus vel manibus contrectamus.

5<sup>o</sup> Iuris adminiculo suffulta. Non quasi omnis possessio facti iusta sit aut positive a iure approbetur; nam potest quis rem furtive ablatam vere possidere; sed istis verbis significatur quod ius non debeat positive resistere possessioni et auferre ipsam capacitatem possidendi, ut fit v. gr. quoad hominem privatum circa bona communia.

oritur possessio iuris (7), i. e. ius reale sive potestas rem sibi detinendi et commodis inde provenientibus fruendi (8).

Proprietas vero sensu stricto intelligitur dominium sive facultas disponendi de re aliqua, quae si perfecta sit omnemque alium ab illa facultate de re disponendi excludat, *plenum dominium* habetur; *non plenum* existit, si quis, tanquam dominus directus, tantum disponere potest de substantia rei, aut, ut dominus utilis, velut vasallus, emphyteuta, de sola utilitate vel fructibus rei (9).

(7) Possessio iuris definitur: - Ius insistendi rei tamquam suae non prohibitaе possideri -. Ita iam *Bartolus*, cuius definitionem adoptavit *Schmalzgr.* h. t. n. 2. cum aliis. Dicitur autem ius, quo verbo insinuatur distinctio a possessione facti, quae revera non est ius, sed si iusta fuerit parit ius. Praeterea additur: insistendi rei, ut distinguatur a proprietate sive dominio, vi cuius competit facultas plene de re disponendi; id quod non potest possessor, sed solummodo per iuris remedia valet rem sibi tueri. Tandem dicitur: tamquam suae. Hinc tutor, qui alieno nomine rem retinet, non est possessor, quia eam tamquam suam non habet. Tandem adiungitur: non prohibitaе, quia v. gr. laicus res sacras nequit possidere, nec privatus res publicas.

(8) *Santi* h. t. n. 2. hanc possessionis exhibet definitionem: - Physica rei detentio, per quam homo in eadem re activitatem suam exercet -. Hanc eandem definitionem paucis additis, quam prius iam dederat *Ruggieri* l. c. I. 39., secutus est *Lega* l. c. I. n. 190., ita ea exprimens: " Possessio est physica rei detentio per quam homo activitatem suam super eandem exercet exclusive et non momentanee ".

Dicitur autem: 1° Physica, quia, praecisione facta a iustitia vel iniustitia, possessio tantum exhibet materialem relationem.

2° Rei detentio, quia non sufficit ad possessionem, ut quis rem videat et suam esse dicat, sed requiritur ut tactu corporali eam apprehendat et teneat.

3° Per quam etc., idest ad habendam possessionem non sufficit qualiscunque rei detentio, sed debet fieri per actum humanum, idest debet esse volita.

Mox tamen *Santi* addit hanc definitionem esse nimis angustam ac proinde possessionem definit iuxta communiorem modum: - Rei detentio corporis, animi, iuris adminiculo suffulta -. Quam communiorem definitionem impugnat *Lega* eo nomine quod ea confundit factum possessionis cum effectibus iuridicis ei concessis a iure positivo, a quo tantum promanant, non a facto possessionis. Quod tamen forte immerito dicitur.

(9) Proprietas sensu latissimo significat aliquando quodcumque ius praeter possessionem, de quo in iudicio petitorio contendere potest. Quo sensu includit vel ipsum ius ad rem, v. gr. electi ad praelaturam, vel ad rem venditam sed nondum traditam.

At late solummodo sumpta denotat tantum quodcumque ius in re praeter possessionem. Quo sensu accepta talis vox comprehendit etiam usumfructum, usum et servitutes.

Denique sensu stricto proprietas sumitur pro dominio rei sive pleno sive aliquando non pleno.

Quare causa possessionis vel proprietatis dicitur controversia de possessione vel proprietate ad iudicium delata. Processus autem sive iudicium, in quo cognoscitur et pronuntiatur de possessione, vocatur iudicium *possessorium*; si de proprietate versatur disceptatio iudicialis, *petitorium* iudicium exercetur.

#### 490. Divisio. Possessio dividitur:

1. In *iustam*, quae legitimo titulo (10) nititur; et in *iniustam*, quae titulo habili ad transferendum dominium destituitur.
2. In possessionem *bonae fidei* et *malae fidei* (11).

Dominium sensu lato est facultas disponendi de aliqua re tamquam sibi subiecta, et duplex distinguitur, scilicet dominium iurisdictionis et proprietatis. Illud generatim definiunt: « Ius gubernandi, iudicandi, puniendi, protegendi subditos ab eisque emolumenta exigendi ». In qua tamen definitione voces illae « protegendi et emolumenta exigendi » superflua omnino videntur. Istud vero *Schmalzgr.* h. t. n. 23. definit: « Ius reale disponendi de re aliqua tamquam sua nisi lege prohibeatur ». Qua etiam in definitione vox illa « reale » est superflua, quia ius de re etc. evidenter ius reale est; verba autem illa « tamquam sua » videntur referre meram tautologiam, nam de hoc quaeritur quandonam possim aliquam rem meam « meam » vocare. Recte vero adduntur alia verba « nisi lege prohibeatur », quia revera lex usum illius facultatis de aliqua re disponendi ligare potest, v. gr. in pupillo.

Hinc deduci potest discrimen inter possessionem et proprietatem:

1<sup>o</sup> Saepe accidit ut unus rem possessione teneat, alter eiusdem rei proprietatem habeat.

2<sup>o</sup> Solo animo interdum acquiritur proprietas, non autem amittitur; contra possessio solo animo numquam acquiritur, at solo animo amittitur.

3<sup>o</sup> Possessio ex pluribus causis haberi potest, dominium nonnisi ex una.

4<sup>o</sup> Dominium non acquiritur sine titulo, possessio titulum non desiderat.

5<sup>o</sup> Ex iudicio proprietatis res contrahit vitium litigiosi, non autem si lis moveatur de possessione, nam possessor non debet cedere, nisi alter probet se esse dominum; imo si sit possessio immemorialis, cum fundet praesumptionem iuris et de iure, est probatio ipsius tituli.

(10) Titulo ad transferendum dominium habili. Quare v. gr. si quis emit rem sciens volens ab eo, qui dominus rei non est, habet possessionem iustam; dum contra qui errore iuris emit rem a minore, in bona fide est, sed habet possessionem iniustam, quia caret titulo per se habili ad transferendum dominium. Quare haec divisio non est confundenda cum superiore.

(11) Possessio bonae fidei est detentio rei saltem ex probabili opinione dominii. Satis est probabilis opinio de existentia tituli vel de eiusdem tituli praescriptione, v. gr. ex centenaria vel immemoriali possessione, quia in dubio standum est pro possessore.

Possessio malae fidei est, qua detinetur cum certa scientia rem esse alienam vel saltem prudenter dubitatur rem esse alienam. Ita fere *Santi* h. t. n. 3., cuius tamen definitioni non immerito adderetur: nec inquisitio



3. In possessionem *propriam* sive rerum corporalium; et in *impropriam* sive rerum incorporalium, quae etiam quasi possessio dicitur.

4. In possessionem *naturalem* et *civilem* (12).

Proprietas vero sive dominium dividitur:

1. In dominium *verum*, quod quis vere et citra iuris fictionem habet; et in *fictum*, quod quis habere censetur ex iuris fictione, licet revera non habeat (13).

2. In dominium *perfectum* sive *plenum*, quod est ius perfecte disponendi de tota re, exclusis omnibus aliis; et in *imperfectum* sive *non plenum*, quod est ius disponendi de re restrictum et aliis non exclusis. Quodsi penes unum est nuda proprietas in substantiam rei, penes alterum est ius re fruendi stabile et separatum a proprietate substantiae rei, prior dicitur habere dominium *directum*, alter dominium *utile*.

3. In dominium *revocabile* et *irrevocabile* (14).

4. In dominium *limitatum* et *illimitatum* (15).

dubium solvat. Nam si facta inquisitione probabile adhuc manet rem esse suam, possessor semper manet possessor bonae fidei.

(12) *Zallinger* h. t. §§ 156. 157.; *Arndts-Serafini* l. c. § 136. Naturalis dicitur possessio, quae effectus iuridicos non producit; civilis, quae saltem unum ex illis effectibus producit. Ita fere *Santi* h. t. n. 3. At non immerito *Zallinger* l. c. § 157. notat magnam hac in re versari confusionem, ut etiam patet ex obscuro modo loquendi *Schmalzgr.* h. t. n. 4. et ex *Arndts* l. c. Possessio iniusta opponi nequit ei, contra quem est iniusta, sed aliis, idest extraneis, opponi potest. Cfr. L. 53. D. de acqir. vel amitt. poss. XLI. 2. Quare iniusta possessio potest esse civilis.

(13) Ad dominium fictum revocandum est, si quis usucapionem nondum complevit vel per usucapionem ab alio completam per se desiit esse dominus. Ex hoc dominio nascitur actio Publiciana et rescissoria § 4. sq. Inst. de actionibus. Cfr. *Arndts* l. c. § 170.

(14) *Arndts-Serafini* l. c. § 128. Revocabile est illud dominium, quod ex se non est perpetuum, v. gr. in haerede in re sub conditione legata. Nam negotium quoddam iuridicum seu legitimum potest iniri tamquam rescissorium, aut in ipso negotio potest apponi conditio resolutive, aut ad certum tantum tempus forte initum est. Quod tempus si exspirat, ipso iure cessat dominium.

Irrevocabile dicitur illud dominium, quod saltem ex intentione perpetuo durat, neque in ipso negotio adiecta est specialis quaedam clausula vel limitatio, vi cuius ad certum tempus restringitur.

(15) *Arndts-Serafini* l. c. § 134. et §§ 126. 131. 132.; *Schmalzgr.* h. t. n. 25. Quod *Arndts* vocat § 134. dominium limitatum et illimitatum, ratione habita § 126., maxima ex parte coincidit cum divisione in dominium perfectum et imperfectum. Nam dominium illimitatum est complexus omnium iurium, quae personae in rem competere possunt. Quod si non totus iste complexus est penes unam personam, sed aliis quoque personis in eadem

## § 1. DE IUDICE CAUSARUM POSSESSIONIS ET PROPRIETATIS.

491. Causae possessionis et proprietatis, licet successivo iudicio discutiantur, apud eundem iudicem, sive delegatum sive ordinarium, cognosci et definiri debent, ut deducitur ex cap. 1. X. h. t. et L. 10. Cod. de iudic. III. 1. eod. cap. allegata (16).

re iura competunt, consequenter dicitur quis habere iura in re aliena. At ius in re aliena habere iam supponit penes alium verum esse ius proprietatis, secus illud ius non esset in re aliena; ergo saltem substantia rei debet esse in dominio alterius.

(16) Cfr. quoque cap. 1. X. de sequestr. II. 17.; *Schmalzgr. h. t. n. 54.* Utraque causa potest tractari duplici ratione: 1<sup>o</sup> successive, duobus distinctis processibus; 2<sup>o</sup> cumulative, uno eodemque processu. Iam facile patet unum eundemque processum, coram uno eodemque iudice, uno eodem iudicio, eadem instantia esse disceptandum, nisi summa introducatur confusio et res vere impossibilis exigatur; at de successiva tractatione potuit esse dubium, num necessario coram eodem iudice utraque causa esset expedienda, quoniam ex natura rei apud diversos iudices successivus processus fieri potest.

At obstat tali separationi tribunalis in primis positiva iuris dispositio cap. 1. X. h. t. de iudice delegato, de quo expresse illo capite cavetur. Porro idem sancitur de delegato cap. 1. X. de sequestr. poss. II. 17., ubi disertis verbis refertur interpretatio authentica iudicem indistincte et absolute delegatum ad causam possessionis et proprietatis etiam eam posse cognoscere. Atque eodem capite iam reiicitur exceptio, quod iudex delegatus per sententiam de possessorio iam functus fuisset officio (cfr. cap. 9. de off. et pot. iud. del. I. 29.). Nam qui quoad partem tantum causae sibi commissae pronuntiavit sententiam, nondum plene functus est officio suo.

Quare huiusmodi limitatio iudicis delegati solummodo esset admitenda, si disertis verbis vel ad solam causam possessionis vel ad solam causam proprietatis delegatio esset restricta. Imo sufficit, quod ad causam proprietatis vel possessionis sine diserta exclusione alterius sit data delegatio, quoniam ex ipsa iuris dispositione causae connexae non sunt separandae.

Quod statutum est de iudice delegato cap. 1. X. h. t. merito etiam intelligitur de iudice ordinario, quia decisio datur propter motivum generale, quod valet de omnibus iudiciis etiam ordinariis; et praeterea Rom. Pontifex citat legalem dispositionem idest L. 10. Cod. de iud. tamquam rationem; iamvero illa lex agit de iudiciis ordinariis, et ubi specialis iuris canonici dispositio deest, merito recurritur ad ius Romanum. Neque huius dispositionis legalis desunt rationes. Nam qui adversarium suum de causis inter se connexis ad diversos trahit iudices, suspectus fit de fraude et de intentione vexandi suum adversarium. Praeterea una causa alteram mire illustrat, et qui de possessione cognovit et pronuntiavit, melius instructus est, ut de proprietate quoque cognoscat et sententiam ferat.

Quare si unus ex litigatoribus alterum de causa proprietatis finito iudicio possessorio traheret ad diversum tribunal, iure merito repelleretur per exceptionem fori declinatoriam propter continentiam causarum.

Quae regula non valet, si iudex respectu unius causae aut personae in petitorio non esset competens, velut in causa spirituali aut in conventionem clerici, a laico facta; aut si in mandato delegationis potestas iudicis expressis verbis ad solam possessionis vel proprietatis causam fuisset restricta (17).

492. Si controversia sit decidenda de possessione in rebus spiritualibus adnexis, profecto ad solum iudicem ecclesiasticum spectat cognitio et definitio, quotiescunque causa illa possessionis, etiam laici, admixtam habet quaestionem iuris, aut in quaestione facti resolvenda saltem reus conventus sit persona ecclesiastica etiamnunc privilegiato foro munita. Hactenus omnes fere doctores melioris notae consentiunt (18). Quare tota controversia ad hoc reducitur, num in istis causis iudex quoque saecularis sit competens, si quaestio sit meri facti, et reus conventus sit laicus. Qua in controversia omnino neganda videtur illa sententia, quae tenet huiusmodi causas esse sensu stricto et proprio mixti fori (19), sed praeferenda est illorum doctorum, velut *Azor Garciae*, opinio, vi cuius ex natura rei et iure proprio in hac materia competentia solius iudicis ecclesiastici admittitur (20). Consequenter nonnisi sensu lato et improprio illae causae dici possunt mixtae, et si quid in illis decidendis valet auctoritas iudicum saecularium, id quoad iuris existentiam et ambitum ex tacita vel expressa concessione Ecclesiae non raro facta (21) est repetendum. Quae expositio iuridica praxim sufficienter explicat et melius salvat principia canonica, quam theoria propugnata a *Schmalzgr. h. t. n. 51. sq. (22)*.

(17) *Zech* l. c. h. t. § 237.; *Zallinger* h. t. § 179. et *Zech* h. § addunt tertiam exceptionem, scilicet nisi per viam appellationis causa possessionis delata sit ad superiorem iudicem. Quo in casu non poterit iudex superior, causa appellationis decisa, etiam de proprietate in prima instantia cognoscere, sed causam in appellatorio decisa remittere debet ad iudicem primae instantiae, coram quo de proprietate erit agendum. "At aliud observatur in Curia romana, quae causam possessionis ad se delatam per viam appellationis retinet etiam decidendam in petitorio". Ita *Zech* l. c. cui consentit *Zallinger* l. c.

(18) *Schmalzgr. h. t. n. 51.*

(19) *Schmalzgr. h. t. n. 50. sq.*

(20) *Schmalzgr. h. t. n. 49.*

(21) *Nussi* l. c. p. 171. sq. 200. sq.

(22) Cfr. quoque *Passerin* l. c. in cap. 1. de restit. spoliat. n. 50.

§ 2. DE PROCEDURA IN CAUSIS POSSESSIONIS  
ET PROPRIETATIS.

I. De interdictis et actionibus ad tuendam possessionem  
et proprietatem.

493. Cum triplex controversia de possessione vel retinenda vel recuperanda in foro quoque ecclesiastico introduci possit, triplex distinguitur iudicium possessorium. Quae iudicia possessoria in iure Romano dicuntur interdicta (23). Atque interdicta adipiscendae possessionis sunt quinque:

1. Interdictum " Quorum bonorum „.
2. Interdictum " Salvianum (§ 3. Inst. l. c.).
3. Interdictum " Quorum legatorum „.
4. Interdictum possessorium (L. 20. D. de servit. VIII. 1.).
5. Interdictum sectorium.
6. Interdictum fraudatorium (24).

Interdicta retinendae possessionis existunt duo:

1. Interdictum " Uti possidetis „ (Dig. XLIII. 17. Uti possidetis; Cod. VIII. 6. eod.; § 4. Inst. l. c.).
2. Interdictum " Utrubi „ (Dig. XLIII. 31. Utrubi) (25).

Denique interdictis recuperandae possessionis adnumerantur:

1. Interdictum de vi (Dig. XLIII. 16. de vi et vi arm.; Cod. VIII. 4. eod., VIII. 5. si per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio) (26). De hoc interdicto ex professo agitur in iure Decretalium titulo sequenti de restitutione spoliatorum.

2. Interdictum de precario (Dig. XLIII. 26. de precario; Cod. VIII. 9. de precario et Salviano interdicto).

(23) § 2. sq. Inst. de interdictis, IV. 15.; *Arndts-Serafini* l. c. § 171. sq.

(24) *Vering*, *Gesch. u. Pand.* § 114. n. 16.

(25) *Arndts-Serafini* l. c. § 172. Prius edictum dabatur ad tuendam possessionem bonorum immobilium, alterum, scilicet Utrubi, ad tuendam possessionem bonorum mobilium. At ex iure Iustiniano, ut patet ex cit. § 4. Inst. et L. 1. § 1. D. Utrubi, duo illa interdicta non iam distinguebantur. Cfr. *Arndts* l. c. § 172.

Porro huc quoque revocari possunt interdicta ad tuendam quasi possessionem in servitutibus. Cfr. *Vering* l. c. et § 156. n. IV.

(26) *Arndts-Serafini* l. c. § 173.



**494.** Ad tuendam proprietatem duplex conceditur actio:

1. Rei vindicatio (Dig. VI. 1. de rei vindicatione; Cod. III. 32. eod.) (27).

2. Negatoria in rem actio (Dig. VII. 6. si ususfr. petatur vel ad alium pertinere negetur, VIII. 5. si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur) (28).

## II. De cumulatione causarum possessionis et proprietatis.

**495.** Ut consulatur brevitati et imminutioni iudiciorum, permissa est a iure cumulatio causarum possessionis et proprietatis, sive in uno eodemque iudicio et coram eodem iudice utriusque causae simultanea cognitio et definitio. Cfr. cap. 2. 3. 4. 6. X. h. t. (29).

Quae cumulatio duplici modo fieri potest. Primo quidem si actor eodem libello et possessionem et proprietatem sibi dari vel restitui petat. Quo in casu iudicium petitorium saltem cum interdicto acquirendae vel recuperandae possessionis cumulari non prohibetur (30). Neque exclusa est cumulatio iudicii petitorii cum iudicio possessionis retinendae (31). Deinde si actor sibi possessionem vindicat, reus vero sibi proprietatem competere contendit, vel vicissim, iudicium petitorium etiam cum iudicio possessorio retinendae possessionis cumulari potest.

At cumulatio iudicii adipiscendae possessionis, intentati per actorem, et oppositi iudicii de proprietate, facti a reo, dari non potest, quia inutiliter disceptatur de adipiscenda possessione unius, si existat proprietas alterius. Quare unice pertractandum est iudicium petitorium sive de proprietate (32).

(27) *Arndts-Serafini* l. c. § 165. sq. Rei vindicatio est actio de iure proprietatis principalis et dirigitur contra tales proprietatis violationes, quibus proprietario totum exercitium proprietatis per subtractionem possessionis subducitur.

(28) *Schmalzgr.* h. t. n. 40. sq. Negatoria actio potius dirigitur contra partiales violationes iuris proprietatis, v. gr. aliquis sibi vindicat plenam libertatem dominii contra eos, qui praetendunt aliquam servitutem.

Praeter duplex hoc medium tuendi dominium per actionem datur etiam "exceptio dominii". Cfr. *Arndts* l. c. § 165.

(29) Cfr. de prohibita cumulatione: *Gregor. XVI.*, *Regol. giud.* §§ 532. 533.; *Cod. proced. civ. Ital.* art. 443. 445.

(30) *Cap.* 3. 4. 5. X. h. t.

(31) *Schmalzgr.* h. t. n. 60. sq. 63. sq.

(32) *Santi* h. t. n. 16.



### III. De ordine tractandi causas possessionis et proprietatis.

496. Quamvis a iure sit permissum, ut concurrentibus causis possessionis et proprietatis prius cognitioni et definitioni iudicis proponatur causa proprietatis (33), tamen si quis iudicio possessorio agere potest, omnino consulendum est, ut omissa interim controversia de proprietate multo difficilius probanda, quam causa possessionis, primo loco iudicium possessorium experiatur (34).

497. Quodsi utraque causa possessionis et proprietatis in eodem iudicio cumuletur, prius cognoscendum est de causa possessionis quam de causa proprietatis (35); deinde ordinarie una eademque sententia causa utraque est definienda, ita tamen ut prius pronuntietur de causa possessionis quam de causa proprietatis; verum in executione sententiae praevalcat necesse est causa proprietatis (36).

498. Si quis agere coepit iudicio petitorio, potest, eo relicto, v. g. ob difficultatem probandi proprietatem, transire ad iudicium adipiscendae vel recuperandae possessionis (37),

(33) Cap. 36. X. de testib. II. 20.

(34) *Schmalzgr.* h. t. n. 59.

(35) Cap. 2. X. h. t.

(36) Cap. 6. X. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 66. sq.

(37) Cui assertioni non obstat quod post litem contestatam non licet mutare libellum et novam intentare actionem. Nam mutatio illa iure merito reiicitur in casibus a lege non permissis, sed in his controversiis expresse a sacris canonibus transitus conceditur, neque actor si transit ad iudicium possessorium renuntiat iudicio petitorio, sed solummodo illud propter difficultatem probationis non urget, ut interim in tuto colloquet possessionem, saltem donec reus non probaverit sibi competere proprietatem.

Recte notat Glossa in cit. cap. 5. X. h. t. v. De recuperanda, regressum illum restringi ad interdicta acquirendae et recuperandae possessionis, minime vero extendi ad interdicta retinendae. Nam qui rem sibi vindicat, eo ipso, saltem regulariter, videtur fateri se non possidere. Ergo qui instituit iudicium petitorium non potest transire ad iudicium possessorium, ut manuteneatur in possessione, quam se non habere prima sua actione in petitorio tacite confessus fuit.

Per conclusionem in causa partes ulterioribus allegationibus et probationibus renuntiare solent et iudici causam definiendam committunt.

Quare ne lites multiplicentur per fraudes, iure merito talis regressus interdicatur. Accedit quod proprietas praestat possessioni, quam sequitur; ergo qui obtinet in causa proprietatis (i. e. saltem negative), iure quoque praeferitur quoad possessionem.

Neque vero reprehendenda est admissio ante conclusionem in causa.

dummodo id faciat ante conclusionem in causa (38). At ut patet ex cit. cap. 5. X. h. t., iudex ex iusta causa etiam post conclusionem in causa huiusmodi regressum permittere potest (39).

499. Denique cap. unic. h. t. in Clem. specialis habetur dispositio, qua cavetur, " causa beneficiali per appellationem ad Sedem Apostolicam legitime delata, tam appellanti quam appellato licere... nedum petitorium, sed et possessorium intentare et in spoliantis odium ante causae conclusionem suspendere petitorium a se et ab adversario intentatum, in solo possessorio procedendo ...

## TITULUS XXV.

### DE RESTITUTIONE SPOLIATORUM.

(*Lib. II. tit. 13. de restit. spol.*).

**500. Fontes :** § 6. Inst. IV. 15. de interdictis; Dig. XLIII. 16. de vi et vi armata; Cod. VIII. 4. unde vi, 5. si per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio. — C. II. q. 2.; C. III. q. 1. 2. — Cpl. I. l. II. t. 9. de rest. spol.; Cpl. II. lib. II. tit. 7. eod.; Cpl. III. l. II. t. 6. eod.; Cpl. IV. l. II. t. 3. eod.; Cpl. V. l. II. t. 7. eod. — Decretal. Gregor. IX. l. II. tit. 13. eod.; Decret. Bonif. VIII. l. II. tit. 5. eod. — Benedicti XIV. Epist. ad Secret. S. C. de Prop. Fide data 19. Mart. 1752. (1).

**Scriptores :** Comment. iur. Rom. in cit. tit.; — Commentator. iur. Decretal. in h. t. — *Zech* l. c. tit. 22. de rest. spol.; *Tancred.* l. c. P. II. tit. 9. de libello recuperandae poss.; *Durantis* l. c. l. II. partic. 1. tit. de petitor.

Nam proprietas est difficilis probationis, et exinde quod quis suam proprietatem plene probare non potuerit, minime sequitur ipsum ius non habere, multoque minus solo defectu probationis in actore sufficienter probata est proprietas in reo.

Quare etiam post sententiam latam contra actorem in petitorio admitti debet actor ad possessorium, si actor reiectus tantum fuerat propter defectum probationis. At secus dicendum est si reo per positivam sententiam proprietas esset adiudicata. Quo in casu iudicium possessionis non potest intentari ab actore reiecto in petitorio, eo quod ipsi opponi potest exceptio rei iudicatae de proprietate, quam possessio sequitur. Cfr. *Schmalzgr.* h. t. n. 70.

(38) Cap. 5. X. h. t.; cap. 36. X. de testib.

(39) *Schmalzgr.* h. t. n. 69. Exceptio admissa nititur illa ratione quod iudex ecclesiasticus semper debet prae oculis habere aequitatem canonicam (cfr. cap. ult. X. de trans. l. 36.), et talis aequitas non raro aderit, v. gr. si ex perspicuis argumentis pateat spoliatio.

(1) Ibi Benedictus XIV. agit de quaestione, qua ratione bona mobilia empta a christianis retineri possint, quae ab infidelibus iniuste obtenta fuerunt.

possessor. et spol.; *Muenchen* l. c. l. p. 353. sq.; *Muechel* l. c. p. 77. sq.; *Lega* l. c. t. l. n. 219. sq. *Ruffini*, L'actio spoli. Studio teorico-giuridico. Torino, 1889.; *De Santis*, Sull'azione di spoglio. In Riv. univ. di giurispr. 1890.

### Praenotiones.

**501. Connexio materiae.** Titulus iste de restitutione spoliatorum ius ab Ecclesia constitutum exhibet de recuperanda in iudicio possessione, spoliatione forte ablata. Quae quaestio, cum sese habeat ad instar partis cuiusdam specialis tractationis illius generalis de iudiciis possessorii titulo praecedenti propositae, merito hoc loco illico subiungitur. Quodsi restitutionis spoliatorum frequentissimus fuit usus, cum vi res gereretur (2), nostra aetate huius remedii iuris in multis casibus neque tanta est necessitas neque practica utilitas.

**502. Definitio.** *Restitutio* hoc titulo plenam habet significationem (3), atque est plena repositio spoliati quoad omnia in pristinum statum ante omnia facta. *Spoliatus* vero dicitur ille, qui possedit quocunque modo rem immobilem sive etiam mobilem, vel quasi possedit ius incorporale eaque possessione vel quasi possessione inique fuit ab alio privatus. Exempla spoliationis referuntur cap. 7. 8. 10. 2. 9. X. h. t.; cap. 3. X. de caus. possess. II. 12. (4). Denique *spolium* vocatur res, qua possessor

(2) Cfr. part. hist. cap. 2. X. de ord. cogn. II. 10.

(3) L. 38. § 4. D. de usuris XXII. 1. Cit. § 4. dicitur: "Nam et verbum *restituas*, quod in hac re Praetor dixit, plenam habet significationem ut fructus quoque restituantur".

Quare non tantum pacifica et libera possessio est restituenda, sed etiam deiecto restituendi sunt fructus et id omne, quod ex spoliatione emersit est componendum.

(4) Cap. 7. spoliare dicitur iudex, qui iuris ordine praetermisso proccedit; cap. 8. maritus dicitur spoliatus, si uxor ab eo divertit; cap. 10. vicissim mulier spoliata dicitur, si a marito domo eiicitur; cap. 2. et 3. spoliatus dicitur beneficiatus, si per vim et metum cogitur ut beneficio renuntiet; cap. 9. ille, qui ex re donata annuam pensionem percipit, cum censeatur eam rem per alium possidere, si ab eiusdem rei possessione depulsus fuerit, censetur spoliatus. Cap. vero 3. de causa poss. et propr., de spolio conqueri merito posse dicuntur, qui excluduntur ab electione praefati, cui hucusque interfuerunt.

Quare ex definitione et acceptione spoliati patet in actione spoliis duo necessario debere concurrere: 1° Possessio prior vel saltem antiquior actoris spoliati; 2° deiectio a possessione et praesens possessio spoliatoris aut rei conventi. Quare qui non possedit (cap. 14. 17. X. h. t.; L. 1. § 23. D. de vi et vi arm.), aut qui omnino non est deiectus a possessione (cap. 15. X. de iudic. II. 1.), aut qui inique deiectus non est (cap. 3. 4. h. t.), spoliatum se dicere nequit, et multo minus is, qui possidere rem omnino non potest, v. gr. laicus ecclesiam.

fuit privatus, sive sit mobilis sive immobilis, sive iurium nomine contineatur; *spoliatio* vero est deiectio a possessione vel a quasi possessione iuris inique facta.

*Santi* h. t. n. 1. ad spoliationem requirit, ut quis "ex magna et notoria iniustitia", a possessione deiiciatur; at neque fontes neque auctoritates citat, quare "magna et notoria" iniustitia requiratur, neque sufficiat simplex iniustitia. Sane *Zallinger* h. t. et *Zech* h. t. recte ponunt tantum vocem "inique", *Zech* l. c. § 263.: "Demum id advertitur ex spolio per se non imputari infamiam, sed ex causa eius; cum non solum dolus malus, sed etiam error aut culpa spolio ansam dare possit". Cfr. § 1. Inst. de vi bon. rapt. IV. 2.

**503. Divisio.** Remedia recuperandae possessionis vi aut clam ablatae per spoliationem sunt.

I. Pro rebus immobilibus: Interdictum "Unde vi", (5).

II. Pro mobilibus: "Actio vi bonorum raptorum", (6).

III. Pro rebus immobilibus et mobilibus aliisque iuribus: Actio spoli (7).

IV. Pro causis civilibus atque criminalibus: Remedium reintegrandae (8).

(5) § 6. Inst. de interd. IV. 15.

(6) L. 2. D. vi bonor. raptor. XLVII. 81.

(7) Cap. 18. X. h. t.

(8) Cap. 1. h. t. in Sext.; c. 3. C. III. q. 1. = cap. Pseudoisidor. (Exceptio spoli); *Ferraris* l. c. v. Spoliator n. 6.; *Santi* h. t. n. 2. sq.; *Maschal* h. t. n. 1. actionem spoli cap. 18. restringit minus recte ad solas res immobiles, et tamquam tertium remedium affert can. "Reintegrandae", C. III. q. 1. At dubitari potest, num iste canon Pseudoisidorianus constituat tertium quoddam remedium a cap. 18. distinctum. Sane *Zallinger* rem multo cautius exprimit; item *Zech* huic can. 3. non multum fidet et eum ut Pseudoisidorianum commentum refert, ab advocatis et glossatoribus exaggeratum: quare vim illi canoni solummodo videtur tribuere qualemcumque, forte ob Innocentii IV. caput 1. h. t. in Sext. illam doctrinam glossatorum approbans; sed idem *Maschal* de hac Innocentii IV. approbatione dubitanter loquitur dicens: "Quamvis igitur Innocentius IV. dictam doctrinam videatur approbare,....".

*Santi* h. t. n. 4. docet secundum remedium recuperandae possessionis a iure canonico esse concessum, scilicet praeter interdictum "Unde vi", quod commemorat ex iure civili (at non commemorat alterum remedium iuris civilis "Actio vi bonorum raptorum"), remedium can. 3. C. III. q. 1. At fatetur hoc remedium proxime Episcopis vel spoliatis vel vi deiectis fuisse concessum, et nonnisi "ob quandam interpretationem" ad clericos omnes esse extensum, qui res suas vel res ecclesiae suae amiserint, et quidem contra quemcumque etiam tertium possessorem, sive bona sive mala fide, cum titulo vel sine titulo possideat.

In hoc autem consistit hoc remedium, quod Episcopi vel clerici spo-



**504. Notae historicae.** Quae in iure Iustiniano de restitutione spoliatorum fuerant statuta, ea quoque Rom. Pontifices in foro ecclesiastico applicarunt ad causas beneficiales, matrimoniales, decimarum, eo tantum discrimine, quod Innocentius III. in Conc. Lateranensi IV. a. 1215. can. 39. = cap. 18. X. h. t. correxerat ius Romanum (9), atque etiam contra tertium possessorem malae fidei restitutionis beneficium indulsit (10). Quodsi ex c. 3. C. III. q. 1. atque ex similibus capitibus a Pseudoisidoro in favorem Episcoporum confictis (11), glossatores, commentatores et advocati causarum amplissimum quoddam deduxerunt restitutionis beneficium, id nonnisi labili illa auctoritate Pseudoisidori nititur, et eatenus tantum vim atque robur obtinuit, quatenus cap. 1. h. t. in Sext. (ab Innocentio IV. in Concil. Lugdunensi I. a. 1245) reiectis abusibus legitima consuetudine est approbatum (12).

#### § 1. DE SUBIECTO ACTIVO ET PASSIVO RESTITUTIONIS.

##### **505. Remedium restitutionis competit:**

I. Agenti ex causa spoli, non excipienti de spolio (13).

II. Regulariter omni et soli possessori, qui, cum deicere-tur (14), vere possidebat (15). Quare beneficium restitutionis

liati ante quaecumque accusationem debeant de omnibus rebus ablatis reintegrari et quidem in loco ubi ablatae fuerunt.

Hinc ex eodem *Santi* patet differentia inter actionem spoli cap. 18. et can. Redintegranda. Nam 1<sup>o</sup> remedium cap. 18. est actio; 2<sup>o</sup> remedium can. Redintegranda est exceptio. Id quod deducit ex eo quod secus Innocentius III. inutiliter constituisset actionem spoli, si canone Redintegranda iam fuisset constituta actio. Verum haec ratio a *Santi* allata non videtur esse valde efficax. Nam sane canon iste Pseudoisidorianus non constituit ius commune certum; hinc inutilis non fuisset, etiamsi per eum non fuisset constituta exceptio. Et *Maschat* h. t. dicit Innocentium III. potuisse quidem sub illo respectu inculcare actionem spoli, sed sub alio respectu ius antiquum non immutasse.

(9) Cfr. L. 7. D. de vi et vi armata.

(10) Cfr. quoque eiusd. Innocent. III. decision. a. 1198. datam = cap. 2. X. de ord. cogn. II. 10.; cap. 5. X. h. t.

(11) Cfr. can. cit. ex decr. Grat. in font.

(12) *Zech* l. c. § 256. sq.; *Zallinger* h. t. § 194.; *Muechel* l. c. p. 77. sq.

(13) Cap. 2. X. de ordine cogn. II. 10.

(14) Hoc remedium nequit concedi, si deiectus rem adhuc possideat per alios, v. gr. si famuli relinquuntur in fundo, ex quo dominus eiectus est.

(15) L. 1. §. 23. D. de vi et vi arm. Non refert, an spoliatus possederit rem naturaliter an civiliter, iuste vel iniuste; nam etiam iniuste possidenti spoliato adversus spoliatorem succurritur hoc interdicto, quia quies publica id videtur requirere, ne privata auctoritate liceat deicere etiam



non competit nudo detentori, depositario, commodatario, mero custodi neque generatim illi, qui alii, sive alieno nomine, non sibi possidet (16), neque laico, cui eripiuntur res sacrae, veluti beneficia ecclesiastica, quarum possessionis est omnino incapax (17). At ab interdicto " Unde vi „ non excluduntur coloni, conductores (18), emphyteutae, usufructuarii, dummodo ne ad tempus adeo breve rem teneant, ut possessores dici non possint (19). Merito vero a beneficio restitutionis repelluntur praedones et invasores, qui in continenti a domino deiiciuntur (20), multoque magis, si sint notorii (21).

III. Non tantum spoliato, sed ex eius persona etiam successoribus et haeredibus spoliati (22).

506. Ex altera parte remedium restitutionis competit:

I. Contra ipsum spoliatorem, sive physice et per se possessorem vi vel dolo deiecit, sive mandando, dolose consulendo, ratum habendo, auctor moralis spoliationis existit (23).

II. Contra tertium malae fidei possessorem ex cap. 18. X. h. t. Quae iuris canonici dispositio, qua ius Romanum est correctum, non est extendenda contra tertium, qui bona fide et iusto titulo possidet, ut recte defendit *Schmalzgr.* h. t. n. 22. sq. itemque *Zallinger* h. t. § 194. aliique contra *Glossam*, *Abbatem*, *Reiffenstuel*, *Maschat* h. t. n. 5., qui ex fontibus Pseudoisidorianis suas assertiones minus caute deducunt. Quare si quid ultra cap. 18. X. h. t. fuit concessum, id potius ex consuetudine et cap. 1. h. t. in Sext. est repetendum (24).

iniuste possidentem, nisi in continenti deiectio fiat et per modum defensionis. Cfr. *Schmalzgr.* h. t. n. 1. — Remedium recuperandae possessionis etiam ei competit, qui licet possessione non sit spoliatus, spoliatus tamen est plena libertate possidendi. Cfr. cap. 19. X. h. t.; *Schmalzgr.* h. t.

(16) Cap. 9. X. h. t.

(17) Cap. 7. X. de praescript. II. 26.

(18) " Conductor de iure Romano non competit contra locatorem (L. 1. § 10. D. de vi et vi arm.), at competit contra tertium deiicientem (cfr. L. 12. 18. D. eod.); at de iure canonico et praxi istud remedium conductori etiam contra locatorem competit „ Ita *Zallinger* l. c. § 192., qui in confirmationem ultimae assertionis citat cap. 4. ne praelati etc. V. 4.

(19) *Schmalzgr.* h. t. n. 6.

(20) Cap. 12. X. h. t.

(21) Cap. 5. X. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 2. sq. n. 75.

(22) L. 1. § 44. Dig. de vi et vi arm.

(23) Cfr. L. 1. §§ 12. 13. 14. Dig. de vi et vi arm. Quibus in casibus contra iudicem iniuste spoliantem intentari possit interdictum " Unde vi „ exponit *Schmalzgr.* h. t. 15. sq.

(24) Cfr. concordatum pro Sardinia a. 1742. art. 2. " Ne' possessorii restituendae et redintegrandae „ nella materia dei benefizi e delle decime....-.

III. At contra haeredes spoliatoris non datur; sed datur actio in factum, si quid ex spolio vel ex bonis spoliatoris ad ipsos pervenit, ex quibus is omnia damna compensare debebat (25).

IV. Denique " interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt „ (26).

Hinc contra personas, quibus reverentia debetur, veluti contra parentes, ex iure Romano non conceditur remedium restitutionis, sed actione in factum agendum est, nisi vi armata adversus liberos parens usus fuisset (27).

## § 2. DE TEMPORE ET MODO RESTITUTIONIS SPOLIATORUM.

507. Restitutio ex interdicto " Unde vi „ petenda est intra unum annum utilem (28); post annum non prohibetur, de eo, quod ad eum, qui deiecit, pervenit; aut spoliatio proprie opponitur per modum exceptionis (29). Alia remedia possessoria contra possessorem malae fidei, aut contra detentorem possessionis incapacem, nullo unquam tempore per praescriptionem tolli possunt (30).

508. Restitutio, cum a spoliato petitur, fieri debet, ut fert regula iuris " ante omnia „, i. e. ante omnem contentionem iudicalem (31). Quare spoliatus, excepta spoliationis quae-

(25) L. 26. Dig. de dolo malo IV. 3.; cap. 5. X. de raptorib. V. 17. cap. 14. X. de sepult. III. 28.

(26) L. 1. § 3. D. de interd. XLIII. 1.

(27) L. 1. § 43. D. de vi et vi armat. XLIII. 16.

(28) L. 1. pr. et § 39. Dig. de vi et de vi armat. XLIII. 16. Qui annus non debet esse continuus, sed illud tempus non computatur, quo spoliatus agere non potuit. Cfr. praeter textus citatos etiam L. 2. Cod. Unde vi.

(29) A regula in textu statuta *Schmalzgr. h. t. n. 24.* tres statuit exceptiones:

1<sup>o</sup> De eo, quod ad spoliatorem pervenit, datur interdictum etiam post annum, et citat L. 1. pr. D. de vi et vi arm., ubi dicitur: " Post annum de eo quod ad eum qui vi deiecit pervenerit, iudicium dabo „.

2<sup>o</sup> Si spoliatio proprie opponatur per modum exceptionis; temporalia enim ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum. Cfr. L. 5. D. de except. doli.

3<sup>o</sup> Quoad actionem illam poenalem sive conditionem, quae datur ex L. 7. Cod. Unde vi, ut scilicet spoliator rem, si sua sit, perdat; si aliena sit, praeter restitutionem, etiam in aestimationem eius condemnari debeat; haec enim nonnisi per lapsum 30. annorum excluditur, ut tradit Glossa. At iam *Pirhing* et *Laymann* notarunt hodie hanc conditionem vix esse in usu.

(30) R. I. 2. in Sext.; cap. 7. X. de praescript. II. 26.; *Schmalzgr. h. t. n. 24. sq.*

(31) Cap. 1. 5. X. h. t.; cap. 4. X. de ord. cogn. II. 10.; c. 1. sq. C. III.

stione, suis spoliatoribus ordinarie ante restitutionem factam nullo modo tenetur respondere, v. g. ad exceptiones dominii, nisi spoliatus ipse consentiat, ius spoliantis sit notorium, vel agatur de periculo animarum aut damno irreparabili, v. g. si uxor restituenda esset marito saevienti aut obstaret impedimentum dirimens (32), vel ius commune resistat spoliato et assistat spoliatori (33).

509. At huiusmodi restitutio facienda non est, nisi de spoliatione facta per legitimas probationes constet, scilicet de possessione priori vel antiquiori actoris spoliati et de deiectione eius a possessione necnon de praesenti possessione spoliatoris aut rei conventi. Itaque qui non possedit (34), aut qui omnino non deiectus est a possessione (35), aut qui inique deiectus non est (36), spoliatum se dicere nequit, multoque minus is, qui possessionis omnino incapax est (37).

510. Denique restitutio facienda est „plena“. Quare non solum substantia rei est spoliato reddenda, sed etiam omnes

q. 1.; L. 1. § 31. D. de vi et vi arm. Haec regula maxime obtinet, si quis a possessione rei deiectus est, lite super ea pendente. Etenim talis spoliatio magis odiosa est, quam extra iudicium facta, quia per eam pars et insuper iudex offenditur. Cfr. cap. 1. de appell. II. 15. in Sext.

At perinde est sive reus sive actor spoliatus tempore litis pendente de spoliatione conqueratur, ideoque actor spoliatus restitui debet, antequam reus super aliis audiatur. Cfr. cap. 7. X. h. t.

(32) Cap. 13. X. h. t.

(33) Nam in tali casu (cap. 2. h. t. in Sext.) restitutio fieri non debet, antequam probetur titulus. Praeterea aliae existunt exceptiones, quae agenti de spolio opponi possunt. Cfr. *Zallinger* h. t. § 195.; *Schmalzgr.* h. t. n. 75. sq.

Sic exceptio deficientis possessionis v. gr. in eo, qui precario possidet, vel si actor possessione sit incapax, cfr. cap. 14. 17. h. t.;

Exceptio vitiosae possessionis, contra eum, cui ius non resistit, v. g. parochi decimanti extra parochiam, cfr. cap. 2. h. t. in Sext.;

Exceptio deficientis mandati vel ratihabitionis in mandante, cfr. cap. 15. h. t. X.;

Exceptio privatae occupationis a iure permissae aut iustae defensionis in continenti, cfr. cap. 12. X. h. t.;

Exceptio inhabilitatis ad agendum, cfr. cap. 7. X. de iudic.

Exceptio spoli actioni spoli opponitur, si actor in alia causa contra reum spoliolum commisit (cfr. cap. 2. X. de ord. cognit.), maxime si causae sint connexae. Id locum non habet, si una est causa privata, altera spiritalis, ut super matrimonio vel decimis. Cfr. cap. 1. § 2. h. t. in Sext.

(34) L. 1. § 23. Dig. de vi et de vi arm.; cap. 14. 17. X. h. t.

(35) Cap. 15. X. de iudic. II. 1.

(36) Cap. 3. 4. 12. h. t.

(37) *Schmalzgr.* h. t. n. 26. sq.; *Zallinger* h. t. § 187.; *Pirhing* h. t. n. 30. sq.

fructus cum integritate restituendi sunt (38). Praeterea compensandum est omne damnum spoliato illatum (39), et pacifica et libera possessio, qualis tempore deiectionis fuit, denuo est instauranda (40).

### § 3. DE CAUSIS RESTITUTIONIS SPOLIATORUM.

511. Si qui spoliatus est beneficio, laboret defectu notorio tituli proprietatis, velut laicus (41), aut contra se habeat magnam praesumptionem, quod sine titulo vitiose beneficium acceperit (42), restituendus non est; secus dicendum, si illa praesumptio non existat, nisi agatur de beneficio Rom. Pontifici reservato (43).

512. Hinc qui renuntiavit beneficio post spoliationem factam, priusquam super renuntiationem agi possit, ordinarie restitui debet, " quia non est verisimile, quod sponte iuri suo

(38) Cap. 11. X. h. t.

(39) L. 9. Cod. unde vi VIII. 4.

(40) Cap. 19. X. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 38. sq.

(41) Aut si accepit beneficium ab eo, qui nullam habuit potestatem illud conferendi, vel quod sit haereticus, qui beneficii proprietate et possessione privatus existit. Etenim si quis ita restitueretur, aperte haberet vitiosum ingressum in beneficio contra regulam 1. iuris in Sext.

(42) Quare qui contra se talem habet praesumptionem, antequam restituitur, debet iustificare titulum restitutionis suae.

(43) Cap. 5. X. h. t.; cap. 45. de elect. I. 6. in Sext.; *Maschat* h. t. n. 8.; *Schmalzgr.* h. t. n. 67. sq. Controversia est num restitui debeat spoliatus ante exhibitionem tituli, si adversus ipsum non militet talis praesumptio.

Non pauci doctores magni nominis id negant, quibus favet stylus Curiae Romanae, secundum quem ab huiusmodi spoliatis exigitur iustificatio tituli. Praeterea provocant ad regulam 1. iuris in Sext.

At si attendatur solummodo ius commune, ut proponitur cap. 5. X. h. t., *Schmalzgr.* h. t. n. 68. cum communi potius affirmat, eo quod cap. 5. absolute dicatur, " prius de violenta ciectione quam de canonica institutione agi debere ". Praeterea clericus potest habere possessionem sine titulo, ut patet ex regula annali et triennali. Unde patet argumentum ex regula 1. iuris in Sext. desumptum non concludere, quia titulus vel canonica institutio sane ad proprietatem requiritur.

Illud tamen *Schmalzgr.* concedit, excipiendum esse beneficium Papae reservatum, in quo titulus debet iustificari. Nam reservatio non titulum tantum, sed ipsam quoque possessionem afficit, ita ut in eum, qui non a Papa, sed ab alio accepit, nec proprietas nec possessio, sed nuda detentio transferatur propter decretum irritans adnexum, ut patet ex cap. 45. de elect. in Sext. Ex hac autem exceptione sequi videtur pro regula generali statuenda non nimium urgeri posse stylum Curiae Romanae, cum in illa ut plurimum agatur de beneficiis reservatis Romano Pontifici.



renuntiaverit, qui renuntiavit spoliatus „(44). Quae praesumptio si cesset, v. g. si post spoliationem coram legitimo Superiore ecclesiastico facta sit renuntiatio, et in similibus casibus, spoliato restitutio non datur (45); multo minus igitur est concedenda, si ante spoliationem valide beneficio renuntiavit et de valore renuntiationis constat (46).

513. In causis decimarum, electionis, iurisdictionis exercendae, si ius commune resistat spoliato et assistat spoliatori, spoliatus non est restituendus, nisi prius doceat de titulo vel saltem de praesumptione (47); secus dicendum, si ius commune potius assistat spoliato, veluti parochi quoad ius decimarum in propria parochia.

514. Denique singularis ratio habenda est iuris constituti de restitutione spoliati, si spolium contingat in causa matrimoniali (48) non solum a tertia quadam persona (49), sed etiam ab ipsis coniugibus (50).

I. Si coniux propria auctoritate discedat (51) vel ab altero

(44) Cap. 2. X. h. t.

(45) *Schmalzgr.* h. t. n. 71. varios enumerat casus in quibus post spoliationem cessat illa praesumptio violentae renuntiationis.

(46) Cfr. cap. 3. X. h. t.

(47) Cap. 2. h. t. in Sext.

(48) Cum ex sponsalibus de futuro non oriatur ius in re, sed tantum ius ad rem, nec vera possessio vel quasi possessio, sed tantum obligatio ad contrahendum matrimonium exurgat, si unus ex sponsis a contractu resiliat, urgeri quidem potest executio contractus, sed minime conceditur, nec concedi posset reintegratio possessionis, quae numquam exstitit.

(49) Cfr. petitionem filiorum regis Angliae, ut sibi restituerentur uxores a patre detentae.

(50) Tale spolium triplici ratione fieri potest:

1° Si coniux propria auctoritate discedit a coniuge, eumque privat iure ad obsequia coniugalialia.

2° Si uxor propria auctoritate discedit, sed facti poenitens vult redire, maritus autem non vult eam recipere, quo in casu spoliata est uxor, quia praeter adulterium nulla causa directe et sola sufficit ad separationem perpetuam.

3° Si uxor expulsa quidem fuit, sed maritus facti poenitens eam revocat, ipsa vero non vult redire.

Quae profecto, quamvis de uxore dicantur, sunt tamen extendenda ad coniuges generatim.

(51) At si mulier aufugeret post celebratas nuptias, sed antequam traduceretur in domum mariti, ne quoad cohabitationem quidem et alia obsequia coniugalialia restituenda esset ex interdicto possessorio „Unde vi „.

Nam maritus nullam possessionem acquisiverat uxoris suae. Attamen quoniam matrimonium vere contractum est, mulier vi contractus potest obligari ad cohabitationem et ad thorum, nisi iustam afferat excusationem.



coniuge expellatur, coniux discedens vel expellens, si facti sui sit poenitens, restituendus est (52), excepto casu adulterii (53).

II. Si coniux post matrimonium ratum discedat eo tempore, quo de statu religioso amplectendo deliberare licet, restitutio tum demum est facienda, cum intra terminum a iudice ecclesiastico constitutum ad religionem non transiit (54). Quodsi

Cfr. *Santi* h. t. n. 15. Quod tunc etiam valet, cum copula per violentiam fuerit extorta.

Idem dicendum est, si dispensatione Rom. Pontificis matrimonium ratum esset solum: nam dissoluto vinculo spoliatio fieri non potest, ideoque nec debet nec fieri potest restitutio; imo talis restitutio esset vinculum iniquitatis aut saltem periculum perditionis.

(52) Sed ut haec restitutio fieri debeat, supponitur, ut ante fugam aliqua saltem fuerit possessio, quae maxime locum habet in matrimonio consummato, verificari tamen potest etiam in matrimonio adhuc rato et nondum consummato, saltem si iam translatio ad domum mariti facta est.

Si autem dicitur "restituendus est," id intelligendum est iuxta modum, scilicet sive plene sive partialiter pro diversitate matrimonii consummati vel nondum consummati.

(53) Cap. 13. 14. X. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 58.; *Pirhing* h. t. n. 50. sq. "Excepto adulterio". Nam pars innocens in casu adulterii alterius non tenetur ad recipiendum coniugem. In omnibus vero aliis casibus valet regula generalis: nulla enim temeritas aut culpa, excepto adulterio, per se et in perpetuum derogat iuri matrimoniali; possessio vero est accessoria iuri matrimoniali ideoque eius naturam sequitur.

Est autem de matrimonii natura ut ne mutuo quidem consensu multoque minus obfirmata unius coniugis sententia dissolvi possit.

(54) Cap. 7. X. de convers. coniug. III. 32.

Expleto legitimo tempore duorum mensium plena restitutio est facienda.

Restitutio non est facienda, quae propter brevitatem temporis esset inutilis, veluti si v. gr. pars postero die discessura sit ad religionem. Quare sententia *Hostiensis* videtur praeferenda sententiae *Schmalzgrueber*.

Cap. 7. de convers. coniug. mulier, quae discesserat, dixit se nondum a marito fuisse cognitam. Hinc ei optio datur, ut aut intra duos menses ad religionem transeat, aut ad virum redeat. Quare non absolute, sed tantum post elapsum terminum, ad reditum fuit coacta.

Si matrimonium sit ratum et coniux propria auctoritate discedat, Glossa in cap. 8. h. t., *Innocentius*, *Hostiensis* putant restitutionem non esse faciendam, eo quod ante consummationem recessus a viro et ingressus in religionem sit permissus iuxta cap. cit. 2. 7. de conv. coniug. et cap. 14. X. de prob. At *Abbas* est contrarius huic sententiae, una cum *Sanchez* aliisque, et putant restitutionem quoad cohabitationem esse faciendam, quia ad illam ius habet coniux ratione contractus matrimonialis, non autem ad thorum; et praeterea quia in cap. 14. X. h. t. negatur restitutio mulieris in domum traductae, eo quod non fuerit inter illos verum vinculum matrimoniale; ergo quia in nostra hypothesis tale vinculum existit, restitutio esset facienda. Dicunt autem cap. 8.-10. h. t. non obstare, quia tantum loquuntur

coniux discedens iam professus est religionem, nullo modo restitui debet; quia usus est iure suo (55), atque adeo per ipsam professionem solemnem solutum est matrimonium ratum (56).

III. Quodsi coniux post matrimonium consummatum (57) discedat, plena restitutio spoliato etiam quoad thorum est concedenda, nisi ob iustam causam discesserit, v. g. ob saevitiam mariti, et illa causa perduret (58).

IV. Quodsi coniux, qui discessit, alteri coniugi agenti in petitorio de valore matrimonii, opponat exceptionem impedimenti dirimentis, non fit restitutio, cum coniux, qui actor in causa existit, illam in hypothesi data minime petat, sed prius cognoscendum et definiendum est de exceptione peremptoria impedimenti dirimentis (59). Itemque si coniux agat in possessorio et impedimentum sit notorium aut saltem certum ex probationibus illico allegatis, restitutio cum periculo animarum pariter non est facienda. Si impedimentum vero sit occultum nec in continenti afferantur probationes, in rigore iuris, pendente lite, saltem quoad cohabitationem et obsequia coniugalia, non quoad thorum, fieri debet restitutio (60).

## TITULUS XXVI.

### DE DOLO.

*(Lib. II. tit. 14. de dolo et contumacia).*

**515. Fontes:** Dig. IV. 3. de dolo malo XLIV. 4. de doli mali et metus exceptione; Cod. II. 21. de dolo malo. — C. III. q. 9., C. IV. q. 5., C. V. q. 2. 3., C. XI. q. 3. — Cpl. I. lib. II. tit. 10. de dolo et contumacia alterius partis

de restitutione plena quoad ipsum thorum, quae non est facienda, eo quod carnale commercium nondum habitum sit ideoque quoad hoc nondum detur possessio. Eodem modo nihil probare asserunt cap. 14. de prob., quia mulier excipiebat se religionem iam professam esse, ideoque Rom. Pontifex statuit interim mulierem in loco tuto esse collocandam.

(55) Cap. 2. 7. X. de convers. coniug. III. 32.

(56) Cap. 14. X. de probat. II. 19.; cit. cap. 2. X. de convers. coniug.

(57) Post matrimonii consummationem vera et plena inducta est possessio iuris coniugalitatis, quare coniux verum spoliatus patitur, si altera pars post consummationem privata auctoritate discedat.

(58) Cfr. cap. 8. X. h. t.

(59) Cap. 1. X. de ordin. cogn. II. 10. Si mulier opponat votum perpetuae castitatis mutuo consensu emissum, restituenda est quoad habitationem et obsequia coniugalia, non vero quoad thorum, cum votum thoro, non cohabitationi, sit oppositum.

(60) Cap. 13. X. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 62. sq.; *Schulte*, Eheprocess § 40.; *Idem*, Handb. d. k. Ehrechts p. 450. sq.; *Feije* l. c. n. 586.

punienda; Cpl. III. lib. II. tit. 7. de dolo et cont.; Cpl. IV. lib. II. tit. 4. eod. — Decretal. Gregor. IX. lib. II. tit. 14. eod.; Decretal. Bonifacii VIII. lib. II. tit. 6. eod.; Const. Clem. V. lib. II. tit. 4.; Extravag. com. lib. II. tit. 3.

**Scriptores:** Comment. iur. Rom. in loc. cit.; *Arndts-Serafini* l. c. §§ 62. 121. 237. 250. 334; *Ruggeri* l. c. §§ 7. 8.; *Vering*, Gesch. u. P. §§ 80. 94. 124. i. f. 150.; *Van Welter* l. c. § 74. sq. — Comment. iur. Decretal. in h. t. — *Devoti*, Inst. can. lib. III. tit. 6. de dolo et cont. — *Gratia* l. c. P. I. tit. 7. de dol. et cont. et non venientib. ad iud.; *Lugo*, De iust. et iur. disp. 22. sect. 6. — *Poncius* l. c. p. 109. sq.; *Lega* l. c. I. n. 254. sq. 564. sq.

### Praenotiones.

**516. Connexio materiae.** Quaestionibus non raro incidentibus in processu canonico sine dubio adnumeranda est disputatio de actibus dolo malo vel vi metusve causa gestis atque de remediis iuris contra dolum et vim concessis. Cui quaestioni de dolo connexa est inquisitio de contumacia; nam “ non potest dolo carere, qui imperio magistratus non paruit „ (1), ideoque S. Raymundus, secundum ordinem Compilationis III., titulo de dolo coniunxit alteram partem “ de contumacia „, relicto titulo “ de his quae vi metusve causa fiunt „ ad finem libri primi. At potius ordo iuris Romani videtur esse retinendus, in quo duo distinctique tituli de dolo et de metu reperiuntur, sed uniti, non dissiti diversis in libris (2). Denique “ de contumacia „ pariter sub propria distinctaque rubrica videtur disserendum (3).

**517. Definitio.** Vocabulum “ doli „, licet et in bonam et in malam partem acceptari possit, tamen in iure simpliciter prolatum significat dolum malum (4). Qui dolus malus, L. 1. § 2. D. de dolo malo, in genere dicitur: Calliditas, fallacia, machinatio (5) ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita, et speciatim hoc titulo agitur

(1) L. 199. De R. I. L. 27.

(2) Cod. II. 20. de his quae vi etc., 21. de dolo malo.

(3) *Durantis* l. c. lib. II. partic. 1. tit. de contumacia statim post tit. de citat.; *Tancred.* l. c. P. II. tit. 4. de contumaciis.

(4) Doli nomen generale complectitur omnem actum, qui veritati ac iustitiae adversatur. Cfr. *Ruggieri* l. c. p. 85. p. 322. sq.

(5) Calliditas committitur tacendo vel dissimulando (omissione, silentio, modo aliquo negativo); fallacia, mendaciis decipiendo (proinde verbis); machinatio, factis seu occulte insidiando.

de illo dolo, qui est fraudulentum consilium (6) litigantis in iudicio, praesertim ut contumaciae est coniunctum (7).

### 518. Divisio. Dolus dividitur:

I. In *verum*, qui ex confessione decipientis vel ex manifestis indiciis habetur; et in *praesumptum*, quem lex pro dolo habet, quique colligitur ex coniecturis non adeo manifestis (8).

II. In *dolum*, qui *praecedat* contractui eique *dat causam* (9); et in *dolum concomitantem* vel *incidentem* in contractum vel negotium legitimum (10).

(6) Huius fraudulentum consilii sive malitiae in uno, effectus est in altero *error*, qui idcirco *dolus* appellatur, quatenus malitia alterius productus est; quatenus vero oritur ex causa naturali, simpliciter est et vocatur *error vel ignorantia*. Cfr. *Pirhing* h. t. n. 2. Hinc optime *Ruggieri* l. c. p. 85.: "Dolus errorem generat".

Qua in re habemus analogiam inter dolum et errorem ac inter vim et metum atque defectum libertatis.

(7) *Hostiensis*, Summ. h. t. n. 1.-4; *Pirhing* h. t.; *Ruggieri* l. c. p. 85. sq. Proinde *Ponsius* l. c.: "Non agitur hic de dolo, prout iste locum habet in contractibus aliisque actibus humanis, sed prout inest contumaciae illius, qui in iudicio renuit ea facere, quae ius aut iudex praecipit. Unde dolus et contumacia pro una eademque re sumuntur aut ita invicem sunt coniunctae, ut una sine alia esse non possit".

(8) *Leuren*, h. t. q. 422.

*Schmalzgr.* h. t. n. 3. aliam dat definitionem cum *Menochio* doli *veri* et *praesumpti* (quam etiam commemorat *Leuren* l. c.): scilicet *dolus verus* est is, quem ius ipsum statuit, constituens quod verum et manifestum censeatur id quod ex legis vel canonis praescriptione tale habetur, licet etiam ipsum ex indiciis et coniecturis colligatur; *praesumptus* vero, quem prudens iudex desumit ex indiciis et coniecturis, quae in iure non leguntur expressae. At definitio *Leuren*, *Molinae* et aliorum, est praeferenda, quia illa, quam affert *Schmalzgr.*, denotat potius duplicem speciem doli *praesumpti*, scilicet a iure et ab homine. *Dolose* ille quoque agit, qui  *fingit* se consentire et consensum simulat, quem non habet. Quo in casu certum est contractum esse nullum, quia ex iure naturae ad valorem contractus requiritur consensus, et quidem verus utriusque partis; at in foro externo talis allegatae fictionis, quae probari vel cognosci nequit, ratio nulla habetur et fictor ad complendum contractum compellitur.

(9) Causam contractui dat dolus, si ita determinat deceptum contractentem, ut is secluso dolo omnino non contraxisset; incidens est dolus, si deceptus non obstante dolo contraxisset et propter dolum facilius tantum et promptius contraxit.

(10) In priori casu deceptus omnino non fuisset contracturus, nisi dolo ad contrahendum fuisset inductus, qui dolus versari potest circa substantiam aut circa qualitatem accidentalem. In altero casu deceptus voluit revera contrahere, sed circumventus fuit in pretio vel alio quodam modo, et dolus ad summum effecit, ut facilius celebraretur contractus.



III. In dolum quo producit error circa *substantiam* rei aut solummodo circa *qualitatem* accidentalem (11).

§ 1. DE VI ET EFFICACIA DOLI IN NEGOTIIS GESTIS.

519. Dolus, quo in uno ex contrahentibus error substantialis de obiecto negotii gerendi producit, ipso iure naturae negotium gestum sive contractum efficit nullum et irritum (12); etenim error substantialis vel in uno ex contrahentibus excludit absolute mutuum consensum in idem placitum ad contractum essentialiter requisitum (13).

Dolus, qui inducit solummodo errorem quoad qualitatem accidentalem obiecti contractus in uno ex contrahentibus, iure naturali, canonico et civili generatim contractum non irritat, etiamsi iste error est antecedens et dat causam contractui, multoque minus, si sit incidens (14) neque causam dederit. Nam in utroque casu dolus consensum quoad substantiam contractus non tollit (15). Quare propter huiusmodi errorem accidentalem dolo productum nullitas absoluta negotii gesti non est asserenda, nisi in casibus a iure speciatim expressis (16), sed ad summum conceditur rescissio contractus, si sit rescindibilis (17). Cfr. *Pirhing* h. t. n. 6. sq.

(11) *Pirhing* h. t. n. 2.

(12) Si error circa indolem et naturam negotii versetur, illud omnino corrumpit, nisi quaestio reducat ad causam, ob quam negotium gestum sit. Ita v. gr. si quis voluit donare, alter vero donum accepit ut mutuum, nec donatio nec mutuum est. Nihilominus dominium est translatum, quoniam res reducitur ad causam, ob quam negotium volitum est.

(13) L. 15. D. de O. et A. XLIV. 7.; *Lugo* l. c. sect. 6.; *Arndts-Serafini* l. c. § 237. sq. Error substantialis dolo productus, ex natura rei et generalibus legibus de errore latis, irritat negotia gesta, neque specialis ad hoc necessaria fuit iuris dispositio de dolo. Verum *odio doli* effectum est ut dolus vitia ret contractum illumque irritum redderet, etiamsi errorem *substantialem* non produxit. Cfr. *Ruggieri* l. c. p. 85. sq.

(14) Error qui incidit in causam conveniendi non est substantialis, sicut in testamentis falsa legandi causa non perimit legatum (cfr. Inst. Iust. de legat. § 31.), neque traditionis causa falsa impedit quominus dominium transferatur. Nam tot sunt cogitationes, quibus hominis voluntates ad negotia contrahenda adducuntur, ut si ad validitatem negotiorum illae expendendae essent, litium nullus esset unquam finis. *Ruggieri* l. c. p. 73. Praeterea non quaeritur quid homines fecissent, si haec illave scivissent, sed quid actu voluerint.

(15) L. 7. 8. D. de dol. malo IV. 3.; § 1. Inst. de except. IV. 13.; L. 5. Cod. de inutil. stip. VIII. 39.; *Schmalzgt.* h. t. n. 11. 12.; *Lugo* l. c. n. 69. sq.

(16) Cfr. v. g. cap. 2. 4. X. de coniugio serv. IV. 9.

(17) Error recensetur inter causas, ob quas restitutio in integrum conceditur, ut aperte docet *Paulus* L. 2. D. de in integr. rest.



## § 2. DE PROBATIONE ET EXCLUSIONE DOLI.

520. Cum nemo praesumatur malus, nisi probetur, dolus non est praesumendus, sed probandus. Quae probatio fit per legitimas coniecturas:

I. Ex qualitate personarum forte iam suspectarum propter dolum alias commissum.

II. Ex qualitate facti, v. g. si ipso iure naturali actus sit prohibitus, velut furtum, aut cedat in praeiudicium tertii, v. g. si quis contrahat cum minore sine debitis solemnitatibus.

III. Ex modo et tempore aliisque adiunctis, v. g. si quis omittit, quod officium requirit, si clam vel nocturno tempore facit, quod palam fieri solet.

IV. Ex nimia quadam cautela et diligentia (18).

V. Ex laesione enormi sive ultra dimidium iustae aestimationis (19).

521. Excluditur vero dolus generatim contrariis criteriis:

I. Ex qualitate personarum, quae bona fama utuntur.

II. Ex defectu causae, quae excogitari nequit, propter quam quis dolose agat.

III. Ex iuris permissione; nam qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam.

IV. Ex actu palam gesto, nisi praesumptio cedere debeat veritati.

V. Ex ignorantia facti vel iuris, modo ne sit iuris naturalis vel divini vel alterius iuris positivi et notorii, quia is, qui ignorat, non praesumitur in dolo (20).

At nequaquam haec restitutio in integrum est extendenda ad universos contractus, qui ex falsa causa ineuntur; secus eadem existerent incommoda, quibus probatum est errorem de causa valori contractus non ob stare.

Restitutio in integrum ex errore habetur propter omissas ex errore formas iudiciales in processu. Cfr. L. 7. pr. D. de in integr. rest.; *Ruggieri* l. c. p. 84. 85.

(18) L. 7. D. de condit. instit. XXVIII. 7.; Act. S. Sed. vol. XVIII. p. 64. 65.

(19) L. 5. i. f. Cod. de dolo m. II. 21.

(20) R. I. 99. Dig. L. 27.; *Arndts-Serafini* l. c. § 62.; *Ruggieri* l. c. p. 72. Error ut aliunde constat, distinguitur in errorem iuris et errorem facti, et celebre est effatum, ignorantiam facti excusare, non vero ignorantiam iuris. Cfr. D. XXII. 6. tit. de iuris et facti ignor.; reg. 13. iuris in Sext. Cuius principii ea assignatur ratio, quod ius certum quid ac definitum sit, factorum vero interpretatio prudentissimos quosque saepe fallat. At haec non adeo manifesta sunt. Nam non omnes iuris sunt periti, neque omnes iura

VI. Ex actu in personam benevolam gesto, sicut ex actu in personam inimicam praesumitur contrarium.

VII. Ex obedientia Superiori exhibita, quemadmodum ex inobedientia potius dolus praesumitur.

VIII. Ex necessitate officii; cfr. supra n. 520. III.

IX. Si qui conqueritur de dolo, sciens et volens dolum permisit; etenim volenti non fit iniuria.

### § 3. DE REMEDIIS IURIS CONTRA DOLUM.

522. Si dolus versatur circa substantiam actus, sufficit declaratio nullitatis; si vero fiat circa qualitatem accidentalem a tertia persona, non ab uno ex contrahentibus, contractus absolute est validus neque per oppositam exceptionem vel actionem rescindi potest, ut colligitur ex L. 7. D. de dol. mal. IV. 3. (21); at decepto competit actio de dolo contra tertium illum deceptorem, ad id quod interest (22).

Si dolus commissus est ab uno ex contrahentibus, ei qui deceptus est, permittitur exceptio, si res adhuc sit integra et contractus nondum expletus; actio vero conceditur, si res non amplius sit integra et contractus per traditionem iam est completus (23). Quodsi dolus alterius contrahentis causam dedit contractui, actio vel exceptio concessa sese extendit ad rescindendum ipsum contractum (24). Si dolus vero tantum

cognoscunt. Hinc iam *Labeo* putavit ignorantiam iuris excusare, si quis nec prudentia esset instructus nec copiam haberet iurisperitorum. Quam sententiam reprobavit *Paulus* L. 9. § 3. eod. tit. pronuntians « raro id accipiendum ». At nequaquam adeo rara est illa ignorantia. Idcirco *Ruggieri* l. c. recte nota taliam potius esse rationem excludendi sententiam *Labeonis*, scilicet rationem ordinis publici, qui non satis firmus esset, si in singulis casibus disputandum esset, utrum lex alicui innotuerit, necne. Nihilominus licet regula illa *Labeonis* latissimo illo modo admitti non possit, tamen a regula quoque *Pauli* ius ipsum non raras nec leves admittit exceptiones. Cfr. L. 8. eod. tit., et nota saepe in iure excusari ignorantes minores, feminas et rusticos.

(21) Quia in tali casu neuter contrahens censetur sibi reservare ius recedendi a contractu, si a tertio deceptus fuit; secus etiam videretur dicendum recedere eum quoque posse si ipse se decepisset.

*Lessius* aliique docent casu quo eiusmodi contractus nondum impletus esset, posse ita deceptum per dolum tertii a contractu recedere, eo quod contrahentes non praesumantur sese obligare velle, si graviter decepti sint.

(22) L. 8. D. eod.; *Pirhing* h. t. n. 5. 9.; *Lugo* l. c. n. 83. sq.; *Arndts-Serafini* l. c. §§ 334. 62.

(23) L. 1. pr. § 3., L. 7. § 19., L. 9. §§ 1. 2. L. 20. 24. D. eod.; *Ruggieri* l. c. p. 86.

(24) § 1. Inst. de except. IV. 13.; L. 5. Cod. de rescind. vend. IV. 44.

sit incidens, per oppositam exceptionem vel actionem contractus rescindi nequit, sed actio tantum competit decepto, ut decipiens solvat id quod interest (25).

Exceptio illa doli competit laeso per dolum, eiusque haeredibus et successoribus, imo etiam fideiussoribus (26), in omnibus illis causis, in quibus dolus committi potest et adversus omnes, qui contra naturalem aequitatem aliquid exigunt (27), nisi officium vel coniunctio eos reddat immunes a doli suspicione (28).

Denique exceptio doli semper proponi potest et eo sensu est perpetua, ut spatio saltem 30. annorum concludatur. Quibus annis elapsis ius excipiendi per praescriptionem tollitur (29).

Actio, quae oritur ex dolo, re non amplius integra, est actio personalis, mere rei persecutoria, arbitraria et subsidiaria (30). Porro datur ei, qui dolum passus est eiusque haeredibus, adversus deceptorem, nisi specialiter excipiat (31). Quae in re tamen non iam attendendae sunt dispositiones, quae nituntur iure publico et sociali Romanorum omnino antiquato (32).

At non conceditur nisi causa cognita (33) neque in summa modica (34).

(25) L. 13. pr. § 1. D. de actionib. empti et venditi XIX. 1.; *Pirhing* h. t. n. 3. sq.; *Schmalzgr.* h. t. n. 19.

(26) L. 7. § 1. Dig. de dolo mal. et metus except. XLIV. 4. Cuius rei ratio intrinseca est quia exceptio haec est rei cohaerens; quare ad quem res transit, ad illum etiam transit exceptio.

(27) L. 4. § 4. L. 16. Dig. eod.

(28) L. 4. §§ 16. 17. D. eod.; *Pirhing* h. t. n. 10. sq.; *Schmalzgr.* h. t. n. 26. sq.

(29) § 9. Inst. de except. IV. 13.

(30) L. 1. §§ 1. 4. 8. L. 25. Dig. IV. 3.; *Pirhing* h. t. n. 16. sq.

(31) L. 11. D. eod.; *Schmalzgr.* h. t. n. 19. sq. Excipiuntur enim:

1<sup>o</sup> Personae, quibus ex officio, pietate, reverentia obligamur. Ita v. gr. liberis negatur actio in parentes. Cfr. L. 11. D. de dolo malo.

Ratio autem est, quia famae talium personarum parcendum est, et hinc adversus tales personas instituenda est actio in factum temperatis verbis et omissa doli mentione.

2<sup>o</sup> Personae, quae dolum excludunt per astutiam, quoniam non censetur quis dolo fecisse, cum fraudem excluserit, ut dicitur. L. 77. § 31. D. de legatis II. XXXI.

3<sup>o</sup> Qui ipse dolum commisit adversus eum, contra quem agere de dolo vult; quia dolus dolo compensatur. Cfr. *Schmalzgr.* h. t. n. 22.

(32) *Arndts-Serafini* § 334.

(33) L. 9. §. 5. D. eod.

(34) L. 10. 11. D. eod. Cfr. tamen *Arndts-Serafini* l. c.; *Schmalzgr.* h. t. n. 23.

Denique actio doli datur contra dolosum per continuum biennium a die commissi doli computandum (L. 8. Cod. de dol. mal. II. 21.), sed contra haerem ipsius per 30. annos, de eo quod ad ipsum pervenit (35).

## TITULUS XXVII.

### DE HIS QUAE VI METUSVE CAUSA FIUNT.

(*Lib. I. tit. 40. de his quae vi etc.*)

**523. Fontes:** Dig. IV. 2. quod metus causa gestum erit, XLIV. 4. de doli mali et metus exceptione; Cod. II. 20. de his, quae vi metusve causa gesta sunt (1). — C. XV. q. 6.; C. XX. q. 3.; C. XXIII. q. 3. 6. — Cpl. I. lib. I. tit. 31. de his quae vi metusve causa gesta sunt; Cpl. II. lib. I. tit. 19. de his quae vi metusve causa fiunt; Cpl. III. lib. I. tit. 23. eod. — Decretal. Gregor. IX. lib. I. tit. 40.; Decretal. Bonif. VIII. lib. I. tit. 20. eod. — Acta S. Sed. II. 20. (2).

**Scriptores:** Commentatores iur. Rom. in cit. tit.; *Arndts-Serafini* l. c. §§ 61. 121. 237. 333.; *Ruggieri* l. c. p. 100. sq.; *Vering*, Gesch. u. Pand. § 80.; *Van Wetter* l. c. § 76. — Comment. i. Decretal. in h. t.; *Zech*, De reb. eccl. P. II. § 239. sq.; *Lugo*, De iust. et iure disp. 22. sect. 7. — *Ponsius* l. c. p. 123. sq.

### Praenotiones.

**524. Connexio materiae.** Quemadmodum dolo inducitur in intellectum error substantialis aut accidentalis, quo consequenter consensus voluntatis aut substantialiter aut accidentaliter vitiatur, ita aut per vim omnis propria personae actio destruitur, aut metu incusso liber voluntatis actus substantialiter vel accidentaliter impeditur. Hinc exposito titulo de dolo et errore, apte transitur ad titulum de vi et metu (3).

(35) Remedia iuris concessa sunt contra dolum non tantum eo in casu, quo errorem substantialem produxit, sed in ipsius odium aliis quoque in casibus, quibus contractum non irritat. Cfr. *Ruggieri* l. c. p. 860.

*Van Wetter* l. c. § 75. pariter tradit quod dolus locum det aut actioni aut exceptioni aut in certis casibus restitutioni in integrum. Cfr. L. 28. D. eod.; *Schmalzgr.* h. t. n. 24.

(1) Regolamento penale Gregor. XVI. art. 26.; Cod. civ. Gall. art. 1109. sq.

(2) Cfr. de probatione impedimenti vis et metus Instr. S. C. de Prop. Fide de iudiciis ecclesiasticis circa causas matrimoniales § 36.

(3) Frequenter etiam in foro ecclesiastico et in iure canonico incidit quaestio de vi et metu, velut in electionibus, renuntiationibus, professione religiosa aliisque votis, in sponsalibus et matrimonio, in baptismo v. gr. Iudaeorum (cfr. cap. 3. de baptismo), in testamentis, absolutionibus a censuris, iuramentis actui adiectis. Vis autem ad inferentem, metus ad patientem refertur. Cfr. *Zallinger* h. t. § 570.



**525. Definitio** (4). Vis autem est, ut dicitur L. 2. D. quod metus causa IV. 2., “ maioris rei impetus, qui repelli non potest „; (5) metus vero est “ instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio „ Cfr. L. 1. D. eod.

**526. Divisio.** Vis dividitur:

I. In *physicam*, quae consistit in applicatione violentiae physicae, et in *moralem*, quae minis absolvitur (6).

II. In vim *praecisivam* sive *absolutam*, et in *conditionalem* sive *compulsivam*. Illa liberum consensum agentis plane tollit actumque reddit omnino involuntarium atque propter insuperabilem coactionem physicam efficit, ut is, cui applicatur, propriam actionem non ponat, sed sit merum instrumentum alterius (7). Haec vero voluntarium *quoad substantiam* non tollit, sed tantum *secundum quid* (8).

III. In vim *ablativam* scilicet honorum corporalium mobilium, in *expulsivam* circa bona immobilia, in *turbativam* circa possessionem, in *inquietivam* circa usum rei suae.

**527. Metus autem dividitur:**

I. In metum *extrinsecus incussum* per vim vel minas; et in metum *intrinsecus ortum* ex alia causa.

II. In *gravem*, qui vehementer animum perturbat propter malum sive absolute sive saltem respective grave; et in *levem* (9).

(4) Dicitur “ maioris rei „, quia res minor vim inferre non potest. *Pirhing* h. t. n. 1.

(5) Sive est applicatio violentiae physicae aut comminatio malorum seu minarum ad extorquendum actum legitimum iniuste facta. Quod si applicatur violentia physica, habetur vis physica, minae vero constituunt vim moralem.

(6) L. 1. 4. 5. 6. 7. pr.; L. 3. § 1. i. f. Ut habeatur vis illa moralis, debet esse: 1° comminatio mali *considerabilis* (cfr. L. 5. D. IV. 2.), quod cadat in virum constantem, sive absolute sive saltem relative (cfr. L. 3. § 1. L. 4. L. 6. L. 8. § 2. D. eod.) — 2° malum illud debet esse *imminens*, ita ut interventus auctoritatis publicae implorari non potuerit (cfr. L. 5. Cod. de rescind. vendit. IV. 44.) — 3° malum debet esse *iniuste* comminatum. (cfr. L. 7. § 1. L. 12. § 2. D. IV. 2.). At non est necessarium ut minae, sicuti in dolo requiruntur, inferantur ab altero contrahente; nam minae etiam a tertio et sine ulla complicitate intentatae eundem habent effectum. Cfr. L. 14. § 3. D. IV. 2. Cuius decisionis in citata lege ea affertur ratio: “ quum metus in se habeat ignorantiam „.

(7) Cap. 5. X. h. t.

(8) Idest *absolute* quidem *vult* facere, sed facere *nollet*, si vis abeset et haec vis compulsiva a metu non distinguitur, ut constat ex L. 1. D. IV. 2.

(9) Cap. 4. X. h. t.; cap. 6. X. de spons. IV. 1.; *Lugo* l. c. n. 135. ubi



III. In *iustum* sive *probabilem*, quem leges approbant; et in *iniustum* atque *non probabilem*, qui a legibus reprobat.

§ 1. DE EFFICACIA VIS ET METUS IN NEGOTIIS GESTIS.

528. Negotia per vim sive coactionem absolutam gesta ipso iure sunt nulla et irrita. Nam huiusmodi vis absoluta in eo, qui illam patitur, ipsam substantiam proprii et liberi consensus, sine quo actus vere humanus et legitimus existere nequit, omnino tollit, ideoque eam patiens etiam ab omni culpa et poena excusatur (10).

Metus etiam gravis et iniuste incussus, nisi plane tollat usum rationis, negotia gesta iure naturali et positivo generatim non ipso facto efficit nulla et irrita, sed ad summum rescindibilia, si rescindi possint. Cuius assertionis ea intrinseca est ratio, quod metus gravis liberum consensum quoad substantiam non tollat, sed solummodo minuat. "Quamvis coactus voluerit, voluit tamen „ (11). Quare nullitas negotiorum vi metusve causa gestorum tantum iis in casibus ipso facto existit, quibus in iure speciatim reperitur expressa (12).

529. Inter contractus aliosque actus legitimos, qui certa et indubitata ratione (13) per metum gravem et iniustum ipso facto, *saltem* ex iuris canonici dispositionibus, sunt invalidi, haec negotia recensenda sunt (14):

I. Matrimonium (15).

bene notat metum gravem vel levem non esse distinguendum ex sola obiectiva ratione mali, sed ex vehementi perturbatione animi ex malis minis proposito; nam malum in se leve illum aliquando vehementer perturbat.

(10) Cap. 5. X. h. t.; S. Thom. I. I. II. q. 6. art. 5.; Pirhing h. t. n. 7. sq.; Schmalzgr. h. t. n. 7.

(11) Lugo l. c. n. 114. sq.; Pirhing h. t. n. 10.

(12) Arndts-Serafini l. c. § 61.; Schmalzgr. h. t. n. 11. sq.

(13) Praeter actus recensitos non pauci existunt, de quibus est controversia, utrum in foro ecclesiastico propter metum gravem et iniuste incussum habendi sint ipso facto invalidi, an solummodo rescindibiles, atque *ordinarie* melius defenditur sola rescindibilitas. Cfr. Lugo l. c. n. 124. sq.; Pirhing h. t. n. 33.; Schmalzgr. h. t. n. 19. 20.

(14) Arndts § 491. agit de questione, num testamenta, vi extorta vel ex errore conscripta, sint irrita ipso facto an tantum rescindibilia. Et ipse quidem in textu tenet *saltem* esse rescindibilia, si *coacte* fiant. At in nota 2<sup>a</sup> tradit plerosque docere testamenta coacta ex iure Romano non tantum esse rescindibilia, sed ipso iure irrita (L. 1. Cod. IV. 34.); quamvis alios, ut Puchta, sententiae de rescindibilitate moneat adhaerere.

(15) Cap. 14. 15. X. de spons. IV. 1.; Sanchez, De S. Matr. Sacr. l. IV.

II. Professio religiosa (16). Quam expressam iuris sanctionem non pauci scriptores existimant ad quodlibet votum etiam simplex metu gravi extortum fuisse extensam (17).

III. Promissio vel traditio rerum ecclesiasticarum, etiamsi accessisset iuramentum de non repetendis rebus Ecclesiae (18).

IV. Absolutio a censura extorta a iudice ecclesiastico vel revocatio latae censurae (19).

disp. 12.; *Pirhing* h. t. n. 23.; Comment. iur. Decretal. lib. IV. tit. 1. de spons. Hinc etiam constitutio procuratoris ad contrahendum matrimonium metu extorta nulla et irrita est. Cfr. *Schmalzgr.* l. c. n. 19.; qui tamen directum textum non citat, sed arguit ex cap. 14. X. h. t. et ex ratione, quod scilicet in constituendo procuratore eadem requiratur libertas ac in contrahendo matrimonio.

(16) Cap. 1. X. h. t.; cap. 7. X. qui cler. vel vov. (IV. 6.); Conc. Trid. Sess. XXV. cap. 16. sq. de regul. Id quod valet non tantum de professione solemni, sed etiam de professione in Societate Iesu, ut tradit *Schmalzgr.* h. t. n. 19.; et hinc iure merito asseritur de professione votorum simplicium nostra aetate in aliis quoque congregationibus et institutis religiosis. Concessio autem a *Schmalzgr.* facta eo maioris momenti est, quod ipse n. 21. h. t. neget votum simplex metu extortum generatim esse nullum et irritum, sed vult tantum, metu probato, posse relaxari. Cfr. ipsius responsum ad cap. 6. X. h. t., ubi dicit vel ibi agi de professione religiosa seu solemni, vel exinde ad summum sequi votum metu extortum relaxari posse.

(17) *Pirhing* h. t. n. 27.; *Lugo* l. c. n. 122.

(18) Can. 1. C. XV. q. 6.; cap. 2. X. de iureiur. II. 24. Nam alienatio bonorum ecclesiasticorum a Praelato facta sine solemnitatibus praescriptis et absque iusta causa non valet, et ipso facto irrita est; multoque magis omni valore destituitur, si per metum sit extorta.

(19) Cfr. cap. unic. h. t. in Sext.; *Lugo* l. c. n. 120. sq.

Singularis quaedam est quaestio, magis dogmatica quam canonica, de valore ordinis sacri metus causa suscepti. Quae quaestio, admissio principio, Ecclesiam ne posse quidem statuere impedimenta dirimentia quoad ordines iure divino institutos, funditus videtur esse soluta. Cfr. *Lugo* l. c. n. 121., *Idem*, De Sacr. Eucharistiae disp. 19. n. 213. sq.

*Schmalzgr.* h. t. n. 19. tenet ipso iure esse nullam: 1° collationem iurisdictionis et eius prorogationem et citat L. 2. D. de iudiciis, *Abbatem*, Glossam in citatam legem; at simul concedit *Palao* cum aliis contrarium tenere; — 2° testamentum; — 3° praestationem auctoritatis tutoriae ex L. 1. § 1. et L. 17. D. de auctor. tutor. (At illico ipse *Schmalzgr.* subiungit multos has leges explicare de casu, quo tutor tantum praesens esse cogatur et non consentit; ubi non ob metum sed ob defectum consensus nullus est actus); — 4° dationem libertatis ex L. 9. et L. 13. D. Qui et a quibus: quia adversus libertatem nulla est restitutio. At nota duos istos casus ultimos non multum spectare ad forum ecclesiasticum. Specialis est controversia de sponsalibus ex gravi metu initis, imo etiam ex levi metu celebratis. At saltem in ultima quaestione a *Ballerini* videtur confundi contractus non firmiter validus cum contractu ipso iure invalido, neque citationes ex *Lugo* sunt ad rem, tantum enim distinctionem modo commemoratam continent.

§ 2. DE CONDITIONIBUS REQUISITIS AD NULLITATEM  
VEL RESCINDIBILITATEM NEGOTIORUM GESTORUM  
EX CAUSA VIS VEL METUS.

530. Ut actus, qui metu extorquentur, ipso iure irriti sint vel saltem rescindibiles, imprimis requiritur metus saltem respective *gravis*. Nam metus levis facile contemni potest, et rescissio cuiuslibet actus ex causa metus levis nimis multiplicaret lites, actusque publice gestos redderet incertos cum gravi damno boni publici (20).

Praeterea oportet ut metus *ab extrinseco* per causam liberam libere agentem incussus sit. Quare metus, qui oritur a causis naturalibus, veluti ex naufragio sive, ut dicitur, *ab intrinseco*, actum v. g. votum in medio periculo emissum non vitiat (21).

Insuper metus debet esse *iniustus* (22).

Denique metus iniustus, si sit incussus *directe* ad extorquendum talem consensum, vg. ad matrimonium contrahendum vel emittendam professionem religiosam vel ad celebranda sponsalia, certe actum reddit nullum vel saltem rescindibilem. Quodsi metus non directe ad consensum extorquendum, sed ad alium finem, vere tamen iniuste incutiatur, non pauci scriptores huiusmodi actum nec irritum nec rescindibilem esse docent, quibus contradicit *Lugo* l. c. n. 114.

(20) L. 4. 5. 6. L. 3. § 1. L. 8. § 2. D. IV. 2.; cap. 6. X. h. t. *Lugo* l. c. n. 133. sq.; *Pirhing* h. t. n. 38. Metus reverentialis per se non est censendus gravis, nisi aliae circumstantiae accedant (cfr. *Schmalzgr.* h. t. n. 4. 5. 6.); secus quamplurimi contractus essent irriti aut saltem rescissioni obnoxii. Praeterea ex cap. 11. X. de despons. impuber. et cap. 2. de pactis in Sext. satis deducitur solum metum reverentialem non sufficere ad actum irritandum. Cfr. *Lugo* l. c. n. 150. sq.

Cfr. *Lugo* l. c. n. 117. ubi docet consequenter ad ea, quae tradidit de dolo a tertio, non ab alio contrahente, producto, etiam propter metum a tertio incussum, spectato solo iure naturae, contractum rescindi non posse, nisi ille tertius faciat « unum cum contrahente »; at illi dari actionem contra tertium ad resarcienda damna. Cfr. tamen etiam *Pirhing* h. t. n. 43., quod saltem ex iure positivo restitutio concedatur sive ab ipso contrahente sive ab alio incussus fuerit, dummodo probet se rem *perdidisse*, etsi non probet, quis ei metum intulerit, quia metus iusta est ignorantiae causa, ut traditur L. 14. § 3. D. IV. 2.

(21) *Lugo* l. c. n. 113.

(22) L. 7. § 1. L. 12. § 2. Dig. eod.; *Pirhing* h. t. n. 40.

sq., consentientibus *Pirhing* h. t. n. 41. et *Schmalzgr.* h. t. n. 27. sq. (23).

### § 3. DE REMEDIIS IURIS CONTRA VIM ET METUM.

531. Quodsi actus propter vim vel metum ipso iure sive facto sunt invalidi, is qui vim metumve passus est, potest apud iudicem competentem implorare declarationem nullitatis negotii gesti; imo ut quis in foro externo ecclesiastico ordinarie immunis existat ab obligatione contracta, necessario intercedere debet sententia declaratoria iudicis ecclesiastici in forma legitima pronuntiata, velut si valor ordinis sacri, professionis religiosae, matrimonii, ex causa vis vel metus in dubium vocetur (24).

Praeterea ei, qui vi metuve coactus posuit actum non ipso iure invalidum sed rescindibilem, conceditur, si velit actum non valere: et actio "quod metus causa" (25), si actus iam fuerit completus, v. g. contractus traditione; et exceptio "quod metus causa" (26), si nondum impletus sit actus et pars, quae metum intulerat, impletionem postulet (27).

(23) Cfr. in specie h. t. n. 41. et h. t. n. 27. sq. de matrimonio: *Feije* l. c. n. 134.; *Van de Burgt*, De matrimonio n. 102.

*Quinta* conditio, quam affert *Pirhing* h. t. n. 42. est, quod is qui metum passus sit, *damnum* habuerit. Nam restitutio in integrum, quae tali actione petitur, supponit *laesionem*, sed qui nullum *damnum* passus est, laesus dici non potest. Hinc baptismus metu susceptus rescindi nequit, abstractione etiam plane facta a charactere indelebili, quia nullum *damnum* illatum est; item nec ordo metu susceptus rescindi potest quod praesertim valet, ut ait idem *Schmalzgr.* h. t. n. 26., in sententia illorum, qui taliter ordinatum absolvent ab obligatione coelibatus. *Pirhing* et *Lugo* loc. cit. bene exponunt quid tenendum sit pro foro interno, et *Pirhing* addit pro foro externo: "Porro etsi levem tantum metum passo non detur in foro externo actio quod metus causa, succurreret tamen ei iudicis officio et *rescindetur* contractus", et citat *Glossam*, *Abbatem* et *Sanchez* de matr. lib. IV. disp. 9. n. 5. Cfr. *Schmalzgr.* h. t. n. 17. 18.

(24) Bened. XIV. Constitutiones "Dei miseratione" et "Si datam", Instr. S. C. C. 1838. de processu super nullit. sacr. ord. subdiac. ex causa vis et metus, apud *Sentis*, *Abbatem* et *Sanchez* de matr. lib. IV. p. 41. sq.

(25) L. 9. § 3., L. 21. §§ 5. 6. D. eod.

(26) R. I. 198. D. L. 17.; § 1. Inst. de except. IV. 13.

(27) *Schmalzgr.* h. t. n. 24. sq. Actibus istis ob metum rescindibilibus iure merito applicatur principium iuris (cfr. cap. 18. de praeb. III. 5.): "Multa per patientiam tolerantur, quae si fuerint in forum deducta, debent *iustitia* exigente cassari". Quare *iustitia* sive *aequitas* exigit huiusmodi cassationem, nec in hoc mera conceditur gratia. Nam *iustum* est, ut



Actio " quod metus causa „ non solum datur contra eum, qui vi sua metum incussit (28), sed etiam contra illius haeredes, quatenus ex violentia illata ditiores facti sunt (29), et in tertium possessorem, ad quem res metu extorta pervenit (30). Quae actio quod metus causa ex iure Romano (31) intra annum fuit poenalis (32), quo elapso tantum in simplum sive ad solam reparationem damni vi illati, fuit concessa. (33).

is in pristinum statum restituatur, qui nonnisi ex iniuria illata onus quoddam suscepit. Ergo ad instantiam partis laesae actus rescindi potest.

Sed quod statutum est in favorem partis laesae non est detorquendum in ipsius incommodum aut extendendum in favorem partis laedentis. Hinc si pars laesa velit stare pacto valido, pars laedens ad implendum pactum obligatur, neque ipsa in commodum proprium subsidium repetere potest ex propria nequitia metus a se incussi. Cfr. *Santi* h. t. n. 13.

Si contractus metu celebratus iam est executioni mandatus, res *tradita* repeti potest per actionem "quod metus causa „ coram iudice. Quod si actor probet metum incussum, contractus a iudice rescindi debet, et actor *in integrum est restituendus*. Sin autem pars laesa rem ex contractu debitam nondum tradidit et pars laedens petat in iudicio executionem negotii, ea per exceptionem "metus causa „ a parte laesa propositam repellatur et ex officio absolvat eum qui metum passus est.

Praeterea tamquam tertium remedium partis laesae commemoratur etiam "restitutio in integrum „ argumento deducto ex L. 9. § 4. D. IV. 2. Cfr. *Van Wetter* l. c. § 76. *Pirhing* h. t. n. 43. videtur identificare *actionem* "quod metus causa „ cum *restitutione in integrum*. Cfr. de hac materia *Ruggeri* l. c. § 373. et *Arndts-Serafini* l. c. § 121. Cum vox doli lato sensu etiam comprehendat metum, ideo ex iure Romano parti laesae *etiam* praesto fuit *actio* et *exceptio doli*. Cfr. L. 14. § 13. D. IV. 2.; *Van Wetter* l. c.

(28) L. 14. § 5. D. eod.

(29) L. 16. § 2. D. eod.

(30) L. 14. § 3. D. eod.; *Pirhing* h. t. n. 44.; *Lugo* l. c. n. 186.

(31) L. 14. § 1. D. eod.

(32) Id est si actio a parte laesa intra annum utilem contra eum qui vim intulerat vel contra tertium fuit intentata, et isti iussi a iudice non restituerint, in *quadruplum* fuerunt condemnandi. Qua in condemnatione quadrupli *tripulum* constituit poenam contumaciae, *simplum* vero fuit ipsa res necessario restituenda. Cfr. L. 14. § 10. D. eod.

(33) Cfr. L. 14. § 1. i. f. D. eod.; *Pirhing* l. c.



## TITULUS XXVIII.

### DE CONTUMACIA (1).

(*Lib. II. tit. 14. de dol. et cont.*)

**532. Fontes:** Dig. II. 3. si quis ius dicenti non obt., 4. 5. 6. ., XLVIII. 17. de requir. vel absent. reis — De decr. Grat.; Cpl. ant. et corp. iur. can. cfr. supra tit. 27. de dolo. — Conc. Trid. Sess. XXI. cap. 7. de ref., XXII. 3., XXIII. 1., XXIV. 24., XXV. 3. de ref. — Instr. S. C. Ep. et Reg. 11. Iun. 1880. art. 25. (2).

**Scriptores:** Commentatores iur. Rom. in cit. tit.; *Arndts-Serafini* l. c. § 115.; *Renaud* l. c. § 165. — Comm. iur. Decretal. in tit. de dol. et cont.; *Zech* l. c. tit. 16. de contumacia; *Devoti*, Inst. can. lib. III. tit. 6. de dol. et cont. — *Tancred.* l. c. P. II. tit. 4. de contumacib. et non venientib. ad iud., *Gratia* l. c. P. I. tit. 7. de dol. et cont. et non ven. ad iud.; *Durantis* l. c. lib. II. partic. 1. tit. de contumacia; *I. Urbach* l. c. P. I. cap. 15. de contumacia; *Bouix* l. c. tom. II. p. 164. sq.; *Muenchen* l. c. tom. I. p. 225. sq. 320. 415.; *Droste* l. c. p. 130. sq.; *Muechel* l. c. p. 142. sq. — *Ponsius* l. c. p. 109.; *Zachariae* l. c. t. II. p. 375.; *Wetzell* l. c.; *Lega* l. c. l. n. 564. sq.; *Boriero* l. c. art. 18. p. 131.; *Filomusi-Guelfi F.*, Il processo contumaciale nel diritto romano. Napoli, 1873.

#### Praenotiones.

**533. Connexio materiae.** Quamvis contumacia principaliter in processu canonico occurrat, cum reus in ius vocatus, venire detrectat, tamen nec unicus iste est casus contumaciae, nec solus reus contumax existere potest (3). Hinc inter quaestiones in processu canonico incidentes etiam titulus de contumacia referri potest, licet alio loco aptius proponeretur.

**534. Definitio.** Contumacia (4) generatim in iudicio cano-

(1) In iure Romano propria quaedam rubrica "de contumacia" non occurrit.

(2) Greg. XVI., Regolamento giudiz. § 556. sq. 1092. sq. 1133. sq. ubi de purgatione contumaciae.

(3) Cap. 4. 6. X. h. t.; cap. 24. X. de offic. et pot. iud. deleg. I. 29.; cap. 3. X. ut lite non cont.; cap. 2. de confess. II. 9. in Sext.

(4) Contumacia sensu lato est erga superiorem, sive iudicem sive alium. Cfr. *Hostiensis* h. t. n. 1.; *Leuren* h. t. q. 432. Verum in rubrica huius tituli unice agitur de inobedientia erga iudicem qui legitimum dat mandatum, non vero erga alium superiorem, praesertim in materia extraiudiciali.

*Pirhing*, *Leuren* alique hanc contumaciam specialem definiunt: "Inobedientia commissa a legitime vocato contra iudicem in iis, quae ad iudicium pertinent". Quibus in verbis vox *vocato* significat citationem, seu eam insinuat; sed contumacia committi potest etiam a praesenti discedendo contra

nico dicitur omnis inobedientia commissa erga iudicem ecclesiasticum legitime iubentem (5); speciatim vero est inobedientia erga iudicem ecclesiasticum legitime vocantem cum pertinacia commissa (6). Quare ut omnia comprehendantur, contumacia dici potest: Inobedientia commissa ab eo, qui, propositis tribus edictis aut uno peremptorio a iudice ecclesiastico in iudicium vocatus, nulla iusta causa impeditus, ne per procuratorem quidem comparet, aut postquam comparuit iussa iudicis simpliciter vel recta ratione perficere recusat, aut re infecta contra iudicis iussum ex iudicio discedit.

### 535. Divisio. Contumacia dividitur:

I. In *veram*, quae habetur, si quis post citationem de facto certoque insinuatam iusto impedimento non detentus neque per se neque per procuratorem compareat in iudicio; et in *praesumptam*, quae existit, si quis ita citatus est, ut merito praesumatur citationem ad ipsius notitiam pervenisse, licet

iussum iudicis. Quare optimum videtur adhibere vocem generalem *iubentem*. Porro alia verba « in iis quae ad iudicium pertinent » videntur superflua et iam sufficienter indicata verbis « legitime »; nam si citaret in rebus, quae ad iudicium non spectant, non citaret legitime aut saltem non ut iudex, si v. gr. vocaret ad actum extraiudiciale.

Siquidem, ut addit *Leuren*, contumacia versatur circa omnes partes iudicii, in quibus actor vel reus non obtemperat iudici.

Praeterea in sensu rubricae potissimum de illa contumacia agitur, quae committitur non comparendo ad citationem legitimi iudicis vel contra eiusdem iussum recedendo. Quo sensu strictissimo *Leuren* contumaciam his verbis describit: « Inobedientia commissa ab eo qui iuridice, sive propositis tribus edictis aut uno peremptorio, citatus et in iudicium vocatus nulla iusta causa impeditus nec per se nec per procuratorem comparet, vel etiam postquam comparuit re infecta contra iudicis iussum recessit.

Quare si quis post primam citationem sine causa non compareat, sine dubio inobediens est, et propter hanc inobedientiam poena proportionata potest castigari; at iuridice nondum est contumax, ideoque contra ipsum non verificata notione contumaciae procedi nequit tamquam contra contumacem.

Contumacia consistit in inobedientia pertinaci. Quae pertinacia habetur si citatus non compareat: 1<sup>o</sup> post trinam citationem; 2<sup>o</sup> aut post citationem peremptoriam; 3<sup>o</sup> aut post primam citationem, quam secuta sit altera cum clausula quod ea haberi debeat tamquam peremptoria et ultima, nisi adsit legitimum impedimentum. Qui tertius modus adoptatur in Instr. S. C. EE. RR. 11. Iun. 1880. artic. 24.; et etiam in Codice Gregoriano trina citatio non requiritur, ubi ordinarie post frustraneam citationem secundam praesumitur contumacia. Cfr. v. gr. § 1035. sq. 556. sqq.

(5) R. I. 199. D. L. 17.; L. 1. § 3. D. de post. III. 1.; c. 6. C. XXIV. q. 3.; cap. 1. i. f. de app. II. 15. in Sext.

(6) L. 53. § 1. D. de re iud. XLII. 1.; *Leuren* h. t. q. 432.

de ea re absoluta certitudine non constet, et nihilominus in iudicio non compareat.

II. In *culpabilem* et *dolosam*. In priori citatio vere insinuata spernitur, in altera dolo vel fraudibus impeditur, quominus citatio insinuari possit.

III. In *generalem* et *specialem*.

536. *Notae historicae*. Ut in iure Romano omnis contumacia tanquam contemptus officii iudicis et iuris publici merito fuit proscripta (7), ita Ecclesia (8) in suo foro contumaces inde a primis saeculis coercuit, neque eis permisit, ut ex propria malitia commodum reportarent (9). Quinimo Ecclesia iuris Romani sanctiones potius extendit, quatenus in casu quoque fraudulentae latitationis vel dolosi impedimenti citationi oppositi, contumaciae delictum committi statuit (10), atque adeo in casu absentiae post citationem publico edicto factam (11).

### § 1. DE VARIIS MODIS CONTUMACIAE.

537. Reus constituitur contumax, si legitime citatus sive tribus citationibus simplicibus sive una peremptoria, absque iusta causa excusante non compareat in iudicio (12); si malitiose sese absentet, et procuret, ne citatio ad ipsum pervenire possit (13); si compareat, at postea sine licentia iudicis discedat (14); si non respondeat libello actoris aut eius positionibus (15).

Actor fit contumax, si edita actione aut lite contestata

(7) L. 11. § 4. D. de interrog. X. 1.; L. 53. § 1. D. de re iud. XLII. 1.

(8) Si *Muechel* l. c. p. 143. opinatur doctrinam canonicam medii aevi in contumacia solum ordinem sive ius publicum, non relationes partium attendisse, est assertio omni fundamento destituta. Cfr. *Muenchen* l. c. p. 229. sq.

(9) Cfr. Bonifac. I. in ep. ad Ep. Gall. a. 419. = c. 10. C. III. q. 9. Idem comprobatur exemplis, quae affert *Ponsius* l. c. atque cap. 3. X. h. t.; cap. 1. 2. 3. X. ut lite II. 6.; cap. 7. X. de app. II. 28.

(10) Cfr. cap. 5. § 1. X. ut lite II. 6.; cap. 2. ut lite non cont. II. 5. in Clem.

(11) Cfr. Bonifac. VIII. Const. contentam cap. 1. h. t. II. 3. in Extravag. com. Quae Constitutio Bonifaciana intelligenda est secundum interpretationem vel restrictionem Clementis V. cap. 1. de iudic. II. 1. in Clem. datam, neque attendenda est Constitutio Bonif. VIII. in Extravag. com., quarum collectio non est authentica. *Laurin*, Introductio in corp. iur. can. p. 218. sq.

(12) L. 53. §§ 1. 2. 3. D. de re iud. XLII. 1.

(13) R. I. 157. § 1. D. L. 17.; cap. 2. eod. II. 5. in Clem.

(14) Cfr. c. 43. C. XI. q. 3.

(15) *Muenchen* l. c. I. p. 323.; cap. 7. X. de appell. II. 28.

causam non prosequitur. In priori casu reus absolvitur a citatione, in altero casu ab observatione iudicii (16).

Uterque litigator censetur contumax, si non pareat mandato iudicis. v. g. praestandi iuramentum calumniae, exhibendi instrumenta aliaque faciendi, quae ad causam cognoscendam sunt necessaria, si parere recuset executioni sententiae latae (17).

## § 2. DE CAUSIS EXCUSANTIBUS A CONTUMACIA.

538. Poenam contumacis non patitur, quem adversa valetudo vel maioris causae acceptatio defendit (18).

Porro contra pupillum indefensum eumque, qui reipublicae causa abest, vel minorem 25. annis, propositum peremptorium nihil momenti habet, neque is, qui ad maius auditorium vocatus est, si litem inchoatam deseruit, contumax videtur (19). Praeterea si quis tempestate vel vi fluminis prohibitus se sistere non possit, vel a magistratu retentus est sine dolo malo ipsius, contumax non censetur (20). Item rusticitati hominis in ius vocati parcendum est (21). Denique excusat a contumacia incompetencia iudicis notoria, tempus feriatum, locus non tutus, bellorum motus et quaevis gravis causa.

Iudex licet cognoscere et decernere valeat, utrum causa allegata ad excusationem sufficiat necne (22), tamen arbitraria ratione procedere nequit. Quare si, cognita iusta absentiae causa, nihilominus procedat in causa (23), sententia lata est ipso iure nulla et irrita. Quodsi iudex ignoravit impedimentum, in pristinum statum restituendus est is, contra quem pronuntiatum est (24).

(16) Cap. 1. h. t. in Sext.; *Leuren* h. t. 440. 441.

(17) *Schmalzgr.* h. t. n. 40.

(18) L. 53. § 2. Dig. de re iud. XLII. 1.

(19) L. 54. D. eod.

(20) L. 2. §§ 3. 9. D. si quis cautionib. II. 11.

(21) L. 2. § 1. D. si quis in ius. II. 5.

(22) L. 6. § 1. D. de offic. praes. I. 18.

(23) Generatim est principium iuris canonici: " Absens nemo iudicetur, nisi ex contumacia absens fuerit ". Cfr. c. 1. § 4. C. III. q. 8.; c. 13. C. III. q. 9. Quare ut contra absentem procedi possit, in primis de ipsius contumacia constare debet. Contumacia autem ipso iure non incurritur, sed primum post sententiam iudicis.

(24) L. 8. D. de integ. IV. 1.; L. 7. Cod. quomodo et quand. VII. 43.; L. 4. Cod. de proc. II. 13; *Schmalzgr.* h. t. n. 55.; *Droste* l. c. p. 130. sq.



## § 3. DE POENIS CONTUMACIAE.

539. Contumax propter suam inobedientiam:

I. Poena quadam arbitraria puniri potest (25).

II. Pati debet immissionem actoris in bona sua, ex primo decreto custodiae causae, atque ex secundo decreto in veram possessionem (26), aut saltem sequestrationem (27).

III. Non auditur, nisi reffectis expensis (28), aut aliter ex arbitrio iudicis satisfecerit, si non sit solvendo (29).

IV. Potest capi et incarcerationi atque invitus trahi ad tribunal, et censura ecclesiastica ad obedientiam compelli (30).

V. Privatur regulariter beneficio appellandi (31). Denique contra ipsum saltem stat suspicio atque praesumptio cul-pae (32).

Qui in contumacia damnatus fuerit, potest exigere, ut nullitas prioris processus declaratur, si potest probari illum niti falsis praesumptionibus. Quod si 10. anni iam elapsi sint, requiritur dispensatio Rom. Pontificis ad reassumendam causam. Ita *Droste* l. c. p. 132. et S. C. EE. RR. Maii 1730. in *Anal. iur. pont.* XIII. 47. 75.

(25) L. 2. § 1. D. si quis in ius II. 5.; *Leuren* h. t. q. 436. sq.

(26) Cap. 3. X. ut lite non. II. 6.; cap. 4. 9. X. h. t.; cap. 4. X. de eo qui mittitur iu poss. II. 15.; *Schmalzgr.* h. t. n. 49. sq.; *Muenchen* l. c. I. p. 321.

(27) Cap. 2. X. h. t.

(28) Cap. 6. X. h. t.

(29) Cap. 5. X. h. t.; cap. 4. X. de poen. V. 37.; *Muenchen* l. c. I. p. 230. 226.

(30) Cap. 5. X. de off. et p. i. d. I. 29.; cap. 1. 3. X. ut lite II. 6.; cap. 19. X. de appell. II. 28. habita ratione Concilii Trident. Sess. XXV. cap. 3. de ref. quoad censuras infligendas; *Muenchen* l. c. I. p. 322.; *Droste* l. c. p. 130.

(31) *Leuren* l. c. q. 438.; *Muenchen* l. c. p. 325.

(32) *Schmalzgr.* h. t. n. 54. sq.; *Droste* l. c. p. 131. Quamvis per declarationem contumaciae contra reum stet praesumptio cul-pae (cfr. c. 10. C. III. q. 9.) et sua ipsa contumacia difficiliorem reddat defensionem, tamen sola illa praesumptio non sufficit ut tamquam certo convictus condemnatur, sed etiam contra contumacem reum in causis criminalibus plena requiritur probatio. Cfr. *Muenchen* l. c. p. 408.

Poena contra contumacem decernenda est poena in legibus expressa, excepta poena capitali, cui in foro ecclesiastico aequiparatur degradatio. Quare degradatio in processu contra contumacem decerni nequit (cfr. *Muenchen* l. c. p. 407.), bene vero depositio (cfr. *Anal. iur. pont.* XX. 714.) vel aliae poenae. Cfr. c. 12. i. f. C. II. q. 1.; c. 1. § 4. C. III. q. 8; cap. 8. X. de dolo et contum.; cap. 11. de cler. non resid. III. 4.



## § 4. DE PROCEDURA CANONICA CONTRA CONTUMACES.

540. Iudex, nisi agat ex officio, contra contumacem non procedit, nisi ad instantiam promotoris iustitiae, v. g. in causis criminalibus (33), aut ad accusationem partis adversae (34), et postquam in forma legitima declaratum est constare de contumacia (35). Quae declaratio de contumacia ex aequitate canonica a iudice ecclesiastico etiam delegato *potest* differri in diem sequentem lapsum termini constituti, dummodo in iudice delegato iurisdictio pro illo nondum cessarit (36).

541. Contra actorem contumacem ante litis contestationem in causa civili procedendum est iuxta sanctiones cap. 1. h. t. in Sext. (37). Quare actor, qui ad terminum venire, ad quem citari adversarium fecerat, non curavit, veniente reo (38), in expensis propter hoc factis legitime condemnatur, et ad citationem aliam minime est admittendus, nisi caverit sufficienter, quod in termino fideliter debeat comparere. Quin imo iuxta cap. 3. X. h. t. si actor sit contumax, reo instante, etiam lite non contestata, testes recipi et sententia ferri debet (39).

(33) *Drosel* l. c. p. 131. Promotor in causis criminalibus iam post primam citationem proponere potest ut contra reum non comparentem procedatur tamquam contra contumacem. Quam propositionem absolute repetit si post peremptoriam citationem revera non compareat. Ista assertio *Drosel* ita videtur accipienda, quod promotor iustitiae statim post primam frustraneam citationem possit movere introductionem proceduræ ob contumaciam; nam de facto nondum est contumax.

(34) L. 68. D. de iud. V. 1.; L. 13. § 2. Cod. eod. III. 1.; Novell. 112. cap. 3.; *Pirhing* h. t. n. 21.; *Schmalzgr.* h. t. n. 43.; *Muenchen* l. c. I. p. 228. 404.

(35) Cap. 6. X. h. t. et cap. 1. i. f. X. ut lite II. 6. Quo in casu nominatur ex officio defensor accusati et dies constituitur quo causa disceptetur. Cfr. Anal. iur. pont. XIII. 47. 74. XX. 714. Cfr. de causa matrimoniali Principis Monacensis eiusque contumacia: Act. S. Sed. vol. XII. p. 403. sq.

(36) Cap. 24. X. de off. et p. i. d. I. 29.; *Muechel* l. c. p. 147.

(37) Cap. 1. h. t. in Sext. = can. 7. Conc. Lugd. I. (1245.), agit evidenter de modo procedendi ante litis contestationem.

(38) Cfr. exemplum allatum ex Summa *Ioannis Bononiensis* apud *Muechel* l. c. p. 153.: « Robertus citatus ad instantiam P. de tali loco comparuit coram Dno. Archiepiscopo suprascripto offerens se paratum respondere dicto P. et ea facere omnia, quae facere de iure tenetur, et petiit se ab instantia diei absolvi protestans legitime de expensis ».

(39) Hinc actor non prohibetur ex integro litigare, sed tantum instantia illa ipsi perit, a qua reus absolvitur, et insuper expensas resarcire debet. Cfr. L. 73. § 2. D. de iud. V. 1.; L. 13. § 2. Cod. eod. III. 1.

Quodsi actor post litis contestationem fit contumax, pronuntiata sententia de contumacia, in causa proceditur et actor in expensis condemnatur; si vero sententia definitiva ferri non possit, reus saltem ab instantia absolvitur (40).

542. Si reus ad terminum peremptorium legitime citatus non compareat, secundum ius canonicum distinguendum est, utrum contumacia litis contestationem praecedat, an illam sequatur.

In priori casu ordinarie actor debet ad suam petitionem immitti in possessionem bonorum rei custodiae causa (41), sed iudex ecclesiasticus ad sententiam definitivam nequit procedere (42).

In altero casu, si liqueat, sententia definitiva est ferenda; si non liqueat, ordinarie actor in veram possessionem obiecti controversi immitti debet, ut gaudeat commodis possessionis, reservata quaestione de proprietate (43).

(40) *Muenchen* l. c. I. p. 324. 325.

(41) Cfr. lib. II. tit. 14. 15.

(42) Cfr. lib. II. tit. 6.

(43) Cap. 4. X. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 49. Quare reo remanet proprietas, et si intra annum sese sistit, rem suam recuperare potest, tamquam petitor, qui non auditur nisi cautionem praestet et damnum resarciat. Quod si neglexerit, actor elapso anno fit possessor, salva tamen quaestione de proprietate.

Si de actione personali agitur, actor immittitur in possessionem mobilium bonorum rei, quae correspondent debito, et si bona mobilia non sufficiant, suppletur bonis immobilibus.

Loco immissionis in possessionem iudex potest decernere censuras, si aliae poenae non sufficiant. Cfr. Conc. Trid. sess. XXV. cap. 3. de ref. Cfr. *Muenchen* l. c. I. p. 230. et *Muechel* l. c. p. 145. quod iudex ecclesiasticus in infligenda censura contra contumacem non dependeat ab aliqua accusatione contrariae partis, sed ex officio procedere possit, ut patet ex textibus iuris citatis a *Muenchen*. At ut constat ex locis allegatis a *Muechel* l. c. p. 146. saltem saeculo 13. illa censura videtur esse inflicta tantum instante adversa parte.

## TITULUS XXIX.

DE EO QUI MITTITUR IN POSSESSIONEM  
CAUSA REI SERVANDAE (1).*(Lib. II. tit. 15. de eo qui mittitur etc.).*

**543. Fontes:** Dig. XLII. 4. quibus ex causis in possessionem eatur, 4. de rebus auctorit. iud. possid.; Cod. VII. 72. de bonis auctor. iud. possid.; Novell. 53. cap. 4. — Cpl. I. lib. II. tit. 11. de eo qui etc. Cpl. II. lib. II. tit. 8. eod. Cpl. III. lib. II. tit. 8. eod.; Cpl. V. lib. II. tit. 8. eod. — Decretal. Gregor. IX. lib. II. tit. 15. eod.; Decretal. Bonif. VIII. lib. II. tit. 7. eod.

**Scriptores:** Commentator iur. Rom. in cit. tit.; *Arndts-Serafini* §§ 93. 328. 535. 536.; *Vering*, Gesch. u. Pand. § 102. i. f. § 122.; *Keller* l. c. § 78. Missio in possessionem. — Comment. iur. Decretal. in h. t. — *Durantis* l. c. lib. II. partic. 1. tit. de primo et secundo decreto; *I. Urbach* l. c. P. I. cap. 16. Missio in possessionem. in act. real. quando reus est contum. etc. *Ponsius* l. c. p. 111.; *Lega* l. c. I. n. 571. sq.

## Praenotiones.

**544. Connexio materiae.** Unus ex effectibus contumaciae est, ut actor mittatur in possessionem sive proprie dictam sive saltem custodiae causa. Qui effectus hoc titulo latius explicatur, tamquam in appendice ad titulum praecedentem.

**545. Definitio.** Missio in possessionem est sententia interlocutoria iudicis, qua actorem in bona petita rei contumacis inducendum esse iubet.

Quae sententia interlocutoria, si statim ab initio litis feratur contra contumacem reum, et probationes actoris non sint liquidae, et ad solam custodiam bona petita concedantur, dicitur missio in possessionem ex primo decreto (2). Quodsi nova sententia interlocutoria feratur, frustra elapso anno vel alio tempore prudenti iudicis arbitrio determinato post primum decretum, et proprietatis quaestione reservata, vera iam

(1) Cum in nigro agatur etiam de missione in veram possessionem ex secundo decreto, non solius custodiae causa, evidenter nigrum est generalius rubro. Quare rubrica, ut esset conformis nigro, ita enuntiari posset: De missione in possessionem ex primo et secundo decreto. Cfr. *Maschat* h. t. n. 1. ubi notat quod iam suo tempore rarissimae factae sint huiusmodi immissiones.

(2) Cap. 3. X. h. t.; cap. 5. § 5. X. ut lite non II. 6. Decretum est vox generalis et denotat omnes actus iudicis, quibus causa cognita aliquid statuit.

concedatur actori possessio bonorum rei, habetur missio in possessionem ex secundo decreto (3).

§ 1. DE CONDITIONIBUS REQUISITIS  
AD IMMISSIONEM IN POSSESSIONEM.

546. Ut missio in possessionem fieri possit, requiritur:

I. Iudex competens ad proferendam illam sententiam interlocutoriam.

II. Post causam intentatam et comprobata contumaciam rei, specialis et expressa petitio actoris, ut in possessionem mittatur.

III. Trina praevia citatio rei vel una peremptoria.

IV. Causa vera.

V. Summaria causae cognitio et probatio et prolata sententia interlocutoria.

547. Speciatim vero requiritur, ne missio in possessionem bonorum rei fiat in causis a iure exceptis, veluti in causis criminalibus, in causis beneficialibus quoad titulum, ne vitiosus sit ingressus in beneficium (4), in causis matrimonialibus, cum missio in possessionem cederet in periculum animae (5), in illis causis civilibus sive contentiosis, in quibus actor nihil petit, sed tantum vult ab aliquo liberari (6).

§ 2. DE MODO ET TEMPORE IMMISSIONIS IN POSSESSIONEM.

548. In actione reali, si reus ante litem contestatam fiat contumax, actor mittendus est in rei petita possessionem, ut taedio affectus reus veniat responsurus. Qui si venerit infra annum, praestita cautione iudicio sisti atque exhibita congrua satisfactione expensarum, possessionem recuperat. Quodsi cautionem afferre neglexerit, actor infra annum verus constituitur possessor, super proprietate dumtaxat adversae parti legitima defensione reservata (7).

(3) Cap. 4. X. h. t.

(4) Cap. unic. h. t. in Sext. Scilicet stricte dictum, non autem si agatur de proprietate ecclesiae (cap. un. h. t. in Sext.; cap. 2. X. h. t., ubi moniales mittuntur in possessionem ecclesiae causa rei servandae).

(5) Cap. 3. 5. § 1. X. ut lite non. II. 6.

(6) *Maschat* l. c. h. t. n. 9. Ut si minor petat restitutionem adversus haereditatem aditam.

(7) Cap. 5. X. § 6. X. ut lite. II. 6.; cap. 1. X. h. t.



**549.** In actione personali, si reus conventus, sive ante litis contestationem sive post illam (8) contumax existat, actor *aut* mittendus est custodiae causa (9) in possessionem mobilium bonorum ipsius rei, vel immobilium, si forte mobilia non habeat, pro modo debiti declarati; *aut* in contumacem reum ecclesiastica sententia (10) est proferenda, ita videlicet quod alterutra poena, quae magis timeri debeat, iudex a principio sit contentus, ad alteram nihilominus processurus, si hoc meruerit protervitas contumacis rei. Qui si venerit infra annum auditur, datis cautionibus numero praecedenti indicatis. Quas si neglexit infra annum praestare (11), actor post annum verus constituitur possessor, reservata tantum quaestione proprietatis (12).

Quodsi lis contestata iam est, in actione reali contra reum contumacem non decernitur a iudice ecclesiastico immissio in bona petita rei ad custodiam, sed fertur sententia definitiva pro actore vel pro reo contumaciter absente, si causa sit liquida; at si pro neutra parte causa liqueat, contra reum contumacem stat praesumptio causae iniustae, ideoque actor ad instar secundi decreti illico mittitur in veram possessionem bonorum petitorum, servata dumtaxat quaestione proprietatis absentis et contumaci reo (13).

**550.** Annus iste, intra quem reus contumax suam contumaciam purgare debet, si iuris incommoda velit vitare, computandus est a die actualis immissionis actoris saltem ad custo-

(8) *Maschat* h. t. n. 7. dicit: « etiam lite non contestata »; ergo a fortiori hoc admittit post litem contestatam, si reus fiat contumax.

(9) Vox illa « custodiae causa » cap. 5. cit. non reperitur; at cap. 9. X. h. t. hoc clarius enuntiatur. Porro cap. 5. agit proxime de casu ante litis contestationem, ut patet iam ex rubrica tituli.

(10) In textu habetur illa vox « ecclesiastica sententia », quam *De Angelis* sane recte generaliter interpretatur « de censura ecclesiastica », non de sola excommunicatione; item *Maschat* l. c. etiam non solam excommunicationem comprehendit; scribit enim « nisi iudex alio medio uti velit, uti excommunicationis etc. ». Glossa, quae alias ad hoc caput summa cum utilitate legitur et consulitur, vocem illam « ecclesiastica sententia » accuratius non explicat.

(11) Si reus infra annum non compareat, *Maschat* l. c. ad immissionem in veram possessionem requirit secundum decretum iudicis; ad quam assertionem citat cap. 9. h. t. et L. 15. § 16. D. de damno inf. et subiungit: « In quo praesens decisio differt a praecedenti, cum actio realis multo sit favorabilior ».

(12) Cap. 5. § 8. et §§ 6. 7. X. ut lite. II. 6.; cap. 9. X. h. t.

(13) Cap. 4. X. h. t. L. 8. Cod. quomod. et quand. VII. 43. una cum Authentica « Qui semel » ibid. = Novell. 112. cap. 3.



diam, quoniam ante actualement immisionem reus non censetur taedio affici. Quodsi actor non admissus est in possessionem a iudice decretam causa rei servandae, vel ab ea expulsus est, nihilominus per lapsum anni verus efficitur possessor, atque ne reus ex sua malitia in causa reportet commodum, annus iste computandus est ex fictione iuris a die interpositi decreti primi (14). At ex iusta causa iudex pro prudenti suo arbitrio terminum illum annum aut restringere potest in actione reali aut prolongare in actione personali (15).

### § 3. DE EFFECTIBUS DECRETI PRIMI ET SECUNDI.

551. Actor ex primo decreto in actione reali acquirit possessionem bonorum, de quibus lis mota est, sed solius custodiae causae; in actione vero personali illud obtinet, ut immittatur pariter custodiae causa in possessionem mobilium bonorum, vel immobilium, si mobilia non sufficiant pro qualitate debiti in libello declarati et petiti (16).

At cum actor solam obtineat custodiam ex primo decreto, fructus sibi colligere nequit, sed eos servare debet in re vel in aequivalenti, si conservare non potest, et cessante contumacia restituere tenetur una cum substantia bonorum, redita ratione administrationis suae.

Denique actori incumbit obligatio defendendi bona ipsi in possessionem tradita ideoque etiam consequitur favores a iure ad defensionem possessionis statutos (17).

552. Ex secundo decreto actor verus fit possessor, hinc fructus quoque sibi acquirit, gaudet interdicto "Unde vi", comparat saltem (18) conditionem usucapiendi (19).

(14) Cfr. cap. 9. X. h. t.

(15) *Maschat* h. t. n. 8.

(16) Cap. 5. §§ 6. 7. 8. X. ut lite II. 6.

(17) L. 1. § 1. D. ne vis fiat ei, qui in possess. missus erit. XLIII. 4.

(18) "Saltem", idest "etiam dominium acquirit, modo reus seu debitor illud habuerit, alias praescribendi tantum conditionem sibi comparabit". Cfr. *De Angelis* h. t. n. 13.

(19) Nam licet sciat rem alienam esse, tamen iuste eam possidet.

Quod si mavult sibi solvi quam bona possidere, Praetor iubebit bona vendi sub publica subhastatione. L. 7. § 1. D. quibus ex caus. in possess.

## TITULUS XXX.

## UT LITE PENDENTE NIHIL INNOVETUR.

(Lib. II. tit. 16. ut lite etc.).

**553. Fontes:** Dig. XLIV. 6. de litigiosis; Cod. I. 21. ut lite pendente vel post provocation. aut def. sentent. nulli liceat Imperatori supplicare; VIII. 37. de litigiosis; Novell. 112. cap. 1. — c. 20. C. XI. q. 1.; c. 2. C. XVI. q. 1. — Cpl. II. lib. II. tit. 9. ut l. p. n. inn.; Cpl. V. lib. II. tit. 9. eod. — Decretal. Gregor. IX. lib. II. tit. 16. eod.; Bonif. VIII. Decretal. lib. II. tit. 8. eod.; (1) Const. Clem. V. lib. II. tit. 5. eod. — Pii IV. Const. « *Sanctissimus* » 26. Octob. 1560. — Cap. un. h. t. II. 4. in Decretal. Clem. VIII. Cfr. *Sentis*, Clem. PP. VIII. Decr. p. 51.

**Scriptores:** Comm. iur. Rom. in cit. tit.; *Arndts-Serafini* l. c. §§ 110. 113.; *Vering*, Gesch. u. Pand. § 118.; *Renaud* l. c. §§ 72. 73. 75. — Comm. iur. Decretal. in h. t.; *Zech* l. c. tit. 23. de litis pendencia; *De Santis*, Carattere della eccezione di litispendenza, in Riv. univ. di giurisprudenza, 1890.; *Sacerdoti*, La litispendance dans les rapports entre juridictions d'Etats différents, in Rev. de droit internat., 1894.; *Lega* l. c. I. n. 562. sq.

## Praenotiones.

**554. Connexio materiae.** Quemadmodum titulus 6. h. t. “ ut lite non contestata etc. „ est appendix quaedam tituli 5. h. t. “ de litis contestatione „, qua specialis quaedam effectus litis contestationis accuratius explicatur, ita hic titulus 16. “ ut lite pendente nihil innovetur „ singularem quemdam effectum litispendentiae, per citationem vel saltem perfecte per litis contestationem inductae, sub propria quadam rubrica exhibet. Quodsi hoc demum loco ille titulus ponatur, id factum est propter imitationem secundae et quintae compilationis antiquae, atque non raro ea quoque allegatur ratio, quod titulo praecedenti 15. “ de eo, qui mittitur in possessionem etc. „ atque etiam subsequenti 17. “ de sequestratione etc. „ principio in rubrica h. t. enuntiato videatur esse derogatum.

**555.** Rubrica huius tituli vim habet legis universalis; exhibet enim sententiam perfectam, qua verbis praeceptivis supremus legislator in Ecclesia omnibus fidelibus per insertio-

(1) *Giraldi* notat ad cap. 2. h. t. in Sext. occasione huius decretalis ortam esse regulam Cancellariae de subrogandis collitigantibus, quae nunc est 29. iuxta publicationem illarum regularum factam a Benedicto XIV. 31. Aug. 1740.

nem in collectionem authenticam commune et iustum suum praeceptum sufficienter promulgat (2).

Litis pendencia in hac rubrica intelligitur duratio controversiae in iudicium deductae, donec terminetur aut sententia definitiva, a qua ulterius non appellatur, aut transactione aliisque modis, quibus iudicium finiri solet. Innovatio vero dicitur omnis et sola immutatio circa qualitatem litis pendentis statumve causae aliquo modo facta in praeiudicium rei accusati vel etiam ipsius actoris (3). Denique cum verba rubricae sint generalia, prohibitio innovationis et causas reales et personales attingit; at non obstante generali prohibitione regula tantum verbis rubricae enuntiatur, quae suas admittit exceptiones (4).

### § 1. DE INITIO ET FINE LITIS PENDENTIAE.

**556.** Quoad effectum prohibitaee innovationis praeiudicialis alteri parti tempore litis pendentis, in foro ecclesiastico lis pendere censenda est, postquam a iudice competente valida citatio (5) in actione reali vel personali emanavit, et ad partem citatam per legitimam insinuationem de facto pervenit, vel per eam factum est, quominus ad ipsius notitiam perveniret, dummodo in citatione talia sint expressa, per quae plene possit instrui, super quibus in iudicio convenitur. Hoc autem nostra aetate ex disciplina nunc vigente saltem in causis civilibus sive contentiosis semper obtinet, cum citatio rei et libelli oblatio reo facta non iam sint duo actus distincti (6).

(2) Cfr. lib. II. tit. 6.

(3) Quare si possessor tempore possessionis utitur possessione sua, innovationem non committit, quia utitur iure suo, et qui utitur iure suo, non agit in praeiudicium alterius; at v. gr. innovationis delictum patra- ret, si rem controversam alienaret. Hinc vox " nihil innovetur " aequivalet alteri " nihil innovetur in praeiudicium alterius ".

(4) Cfr. titul. seq. Cfr. *Giraldi*, Expos. iur. pont. P. I. sect. 251.

(5) In Clementinis l. c. dicitur: " Cum lite pendente nihil debeat innovari, litem quoad hoc pendere censemus ", idest quoad prohibitionem innovationis; num sola citatione alii effectus litis pendentiae inducantur, in hoc capite disertis verbis non dicitur. Glossa h. c. ad v. " Ad hoc " addit: " scilicet quoad innovationem impediendam et fortius quoad iurisdictionem perpetuandam ".

(6) Cap. 2. ut lite pend. II. 5. in Clem.; Novell. 112. cap. 1. = Authent. Litigiosa Cod. de litig. VIII. 37.; *Pirhing* h. t. n. 1. sq.; *Maschat* h. t. n. 2. cit. cap. 2. in Clem. dicit: " vel per eum factum fuit, quominus ad eius notitiam perveniret ". Qua lectione retenta, " per eum " referendum esset ad iudicem, non ad partem; et sane vox " factum fuit " magis re-

Quot modis litis pendencia finiatur, iam maxima ex parte fuit expositum n. 172. (7).

§ 2. DE INNOVATIONIBUS LITE PENDENTE PROHIBITIS VEL EXCEPTIS.

557. Vi rubricae huius tituli (8) prohibetur generatim omnis innovatio sive immutatio, qua uni ex litigatoribus sive actori sive reo praeiudicium infertur circa ius controversum, inde a tempore, quo in iudicium est deductum usque ad finem litis. Nam aequitas naturalis exigit, ut par sit utriusque litigatoris conditio, et “ non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri ” (9). Quare quaecumque saltem post citationem et ante litem finitam in praeiudicium alterius litigatoris attentata fuerunt, irritanda sunt et in pristinum statum revocanda, et lis est continuanda, quasi nihil factum esset (10).

Speciatim ex cap. 1. X. h. t. rescriptum a R. Pontifice pendente lite in praeiudicium possessoris impetratum, nullum et subreptitium est, nisi litis pendentis expressa mentio fiat: nequit enim praesumi R. Pontificem voluisse concedere rescriptum in praeiudicium legitimi possessoris (11). Nam si nova lex iuris communis non extenditur ad causam litis iam motae, nisi speciali sanctione huiusmodi extensio statuatur, multo minus sine speciali et expressa mentione rescriptum ita est extendendum, quippe quod odiosum est et a iure communi exorbitans (12).

fertur ad iudicem, qui omnia fecit, ut insinuatio perveniret vel pervenire posset. — At *Friedberg* (qui ne varietatem quidem lectionis commemorat) legit “ per eam ”; item Glossa, quae pariter ad v. “ Factum ” addit “ dolo ”. Quod verbum est referendum ad partem, non ad iudicem. Denique “ quominus ” aequivalet “ ne ”, idest dolo effecit, ne ad eius notitiam de facto perveniret vel pervenire posset.

(7) Cfr. quoque *Schmalzgr.* h. t. n. 18.

(8) *De Angelis* h. t. n. 4. agit in primis de iis, quae in genere hac rubrica sunt prohibita et recte quidem; mox deinde transit ad effectus, qui in specie gignuntur ex litis pendencia. At effectus litis pendenciae potius enumerantur titulo de citatione et de litis contestatione, neque ipse *De Angelis* hoc titulo enumerat effectus omnes litis pendenciae, sed potius enumerat unius effectus litis pendenciae, scilicet prohibita innovationis tempore litis pendenciae, varios casus variasque particulares prohibitiones sub generali prohibitionem comprehensas. Hinc aptius *Pirhing* agit “ de pluribus casibus in specie quibus nihil est innovandum lite pendente ”.

(9) Cfr. R. I. 74. D. L. 17.

(10) *Pirhing* h. t. n. 3.

(11) Cfr. quoque cap. 5. X. h. t.

(12) *Pirhing* h. t. n. 4. sq.



Quando alteruter coniugum maturius omnium accusat, ante probatam accusationem iure, quod habet in altero, privari non potest iuxta cap. 2. X. h. t.

Res litigiosa (13) lite pendente praeter casus a iure permisos alienari non potest, cum alienatione adversarii conditio evidenter durior efficiatur. Quodsi nihilominus alienatio rei litigiosae facta est, revocari debet, et si res alienata recuperari nequit, is qui alienavit, rem aliam aequivalentem in eius locum substituere tenetur. Quae res subrogata, cum assumat naturam rei, cui subrogatur, pariter lite pendente non potest alienari (14).

Si aliquibus apud Sedem Apostolicam vel alibi litigantibus, super electionibus de se in discordia celebratis, aliquem ipsorum mori vel suo iuri renunciare aut a prosecutione ipsius contingit quoquo modo excludi, ad electionem aliam, lite super electione superstitis electi pendente, nullatenus procedi potest, alias attentata contra hoc electio ipso iure viribus non subsistit (15).

Similiter si beneficiatus, contra quem super beneficio iam obtento et possesso lis movetur, cedit vel forte decedit, alius lite pendente cum superstite in illo beneficio institui nequit, donec contra superstitem lis finita sit (16). Quod secus actum est, eo ipso irritum habetur (17).

(13) Cfr. de poenis iure Romano statutis contra eos, qui inierunt contractus laborantes vitio litigii: L. 4. Cod. de litig. VIII. 37.; *Maschat* h. t. n. 5.; *Renaud* l. c. § 73. not. 21. Lite pendente in actione reali res evadit litigiosa sive vitio litigii affecta, dum super dominio litigatur; si vero agatur solo possessorio, non res ipsa, sed possessio fit litigiosa; in actione vero personali nec res nec possessio, sed ipsa actio, idest instantia, fit litigiosa, ita ut actor illam nequeat alteri cedere, nisi cessis aliis obligationibus. Cfr. *Maschat* h. t. n. 3.

(14) Can. 50. C. XI. q. 1.; cap. 3. 4. X. h. t. *Maschat* h. t. n. 3. putat probabilius alienationem rei litigiosae mero iure valere, sed per sententiam rescindi posse, eo quod cap. 4. X. h. t. alienatio dicatur revocanda, tum quod secundum L. 3. D. de litigios. alienatio in favorem religionis facta subsistat.

(15) Cap. 1. h. t. in Sext.

(16) Nam morte unius non cessat beneficium esse litigiosum, cum restet dubium, an superstes habeat ius ad illud. Imo etiamsi postea constaret superstiti nullum ius competere, tamen electio antea facta est nulla, quia quod ab initio vitiosum est, tractu temporis non convalescit (L. 29. D. de reg. iur. L. 17.), neque contra ius clarum procedit argumentum a sensu contrario ex cap. 10. de arbitris: imo Bonifacius VIII. hoc cap. 1. cor. rexit ius antiquum capituli 10. cit. de arbitris.

(17) Qui lite pendente beneficia resignant vel iuri eorum cedunt, nihi-



Si duo litigantes super beneficio moriantur in Curia Romana, ad Rom. Pontificem spectat collatio; item si unus tantum ibi moriatur sed is fuerit possessor aut neuter possederit. Ad Ordinarium spectat collatio, si ad eum qui alibi mortuus est beneficium pertinebat. Si autem alter tantum moritur, et superstes vel alius, cuius intersit, litem prosequitur, ex futuro eventu apparet, ad quem collatio spectat. Cfr. cap. 1. h. t. in Clem.

**558.** Non obstante regula iuris in rubrica h. t. stabilita:

I. Missio in possessionem ex primo et secundo decreto fieri potest iuxta sanctiones canonicas titulo praecedenti expositas.

II. Sequestratio possessionum et fructuum fieri pariter potest lite pendente in casibus titulo sequente enumeratis.

III. Denique alienatio rei litigiosae non est prohibita in casibus in L. 4. Cod. de litigios. VIII. 37. exceptis, scilicet "his, qui vel dotis nomine vel ante nuptias donationis, vel transactionis, aut divisionis rerum haereditariarum factae, vel per legati, vel per fideicommissi causam tales res vel actiones deriderint vel acceperint", aut si alienatio fiat ex causa necessaria, v. g. alimentorum, vel pro solutione funeris, vel ex causa iusta a iudice approbata, v. g. si res alias perirent, vel ex consensu adversarii. Denique de re litigiosa per ultimam voluntatem disponi potest, sed eo in casu haeres vel legatarius tenetur litem prosequi (18).

## TITULUS XXXI.

### DE SEQUESTRATIONE POSSESSIONUM ET FRUCTUUM.

(*Lib. II. tit. 17. de seq. poss. et fruct.*).

**559. Fontes:** Dig. XVI. 3. depositi vel contra; Cod. IV. 34. depositi, 4. de prohibita sequestratione pecuniae (1). — c. 26. C. II. q. 6. — Cpl. III. lib. II. tit. 9. de seq. possessionum; Cpl. V. lib. II. tit. 10. de seq. possessionis et fructuum. — Decretal. Gregor. IX. lib. II. tit. 17. de. seq. possess. et fruct.; Clem. V. constit. lib. II. tit. 6. eod. — Pii V. Const. "*Cordi nobis*" 30. Mart. 1568. = cap. unic. de seq. possessionis et fr. II. 5. in Decretal. Clem. PP. VIII. apud *Sentis* l. c. p. 51.; Acta S. Sed. vol. II. p. 416. sq.

lominus ad omnia praestanda tenentur, ad quae ex iudicis sententia condemnati fuissent, si non resignassent vel cessissent. Cfr. cit. Pii IV. Const. "*Sanctissimus*" § 2. Cfr. cap. 2. h. t. in Sext.

(18) *Maschat* h. t. n. 4.

(1) Cod. civ. Gall. art. 1955. sq.; Cod. civ. Ital. art. 1869. sq.; Cod. civ. Austr. § 968.

**Scriptores :** Commentat. iur. Rom. in cit. tit.; *Arndts-Serafini* l. c. §§ 93. 135. 287. 296. 285. sq. — Comment. iur. Decret. in h. t. et l. III. tit. 16. de deposito. — *Zech* l. c. tit. 23. d. litis pendentia, sequestratione, arrestatione. — *Thesaurus*, De poenis eccl. v. Sequestratio cap. 1. 2.; *Wetzell* l. c. § 30. n. 74. sq. § 50. not. 45. § 48. not. 6.; *Renaud* l. c. praesertim § 73. § 178. i. f.; *Van Welter* l. c. § 427.; *Norsa*, Il sequestro nella legislazione vigente. Padova, 1879.; *Guillouard*, Traité du prêt, du dépôt et du séquestre, 1893.; *Mirabelli*, Contratti speciali, deposito e sequestro, pegno, ecc. Napoli, 1894.; *Lega* l. c. l. n. 577. sq.

### Praenotiones.

**560. Connexio materiae.** Postquam in rubrica tituli praecedentis generalis illa iuris regula est promulgata, lite pendente nihil esse innovandum, hoc titulo specialis exceptio istius regulae, i. e. sequestratio, saltem certis in casibus a iure permissa apte subiungitur.

**561. Definitio.** *Sequestrum* vel *sequestratio* (2) est depositio rei controversae vel fructuum eius apud tertium, qui sequester dicitur, ut lite finita ei, qui in causa vicerit, restitatur (3). Quare sequestratio est species quaedam depositi, a quo potissimum differt, quod sequestratio fiat rei controversae et tantum a pluribus et in solidum, depositum vero fieri possit rei liquidae et ab uno et a pluribus pro parte (4).

*Sequester* dicitur is, apud quem plures eandem rem, de qua controversia est, deposuerunt (5).

**562. Divisio.** Duplex est sequestrum, scilicet *voluntarium* sive *conventionale*, quod fit mutuo utriusque litigatoris consensu, et *necessarium* sive *iudiciale*, quod fit ex mandato iudicis, aut motu proprio et ex officio, aut ad instantiam unius ex litigatoribus, altero contradicente.

#### § 1. DE PERSONIS HABILIBUS AD SEQUESTRATIONEM FACIENDAM ET DE SEQUESTRE.

**563.** Quicumque habiles sunt ad legitimum contractum ineundum, ii quoque iure praediti sunt ad voluntariam sive conventionalem sequestrationem faciendam. Est enim seque-

(2) Sensu lato sequestrum etiam accipitur pro cura vel curatela, ita v. g. prodigis maioribus solet dari sequester seu curator: cfr. D. tit. de curat. furios.; at hoc titulo sequestrum seu sequestratio sumitur sensu magis stricto, ut patet ex ipsa definitione data.

(3) L. 17. pr. D. depositi XVI. 3.

(4) L. cit. 17. atque de aliis differentiis: L. 1. et L. 17. § 1., L. 5. § 2., L. 12. § 2. D. depositi.

(5) L. 110. D. de V. S. L. 16.

stratio voluntaria species quaedam depositi et rationem habet contractus a iure permissi (6).

564. Sequestratio necessaria sive iudicialis in foro quoque ecclesiastico iudici regulariter est interdicta et solummodo permessa in casibus a iure exceptis. Nam iudicium ab executione non est inchoandum, sed probationes sunt praemit-tendae rei petitae, neque lite pendente possessor commodis possessionis est privandus (7).

565. Huiusmodi casus in iure excepti, quibus sequestratio iudicialis permittitur, sunt:

I. Si actor fructus rei, in cuius possessionem custodiae causa ex primo decreto missus est, pro suo arbitrio dissipat (8).

II. Si reus possessor appellat a sententia contra ipsum lata et possessionem abiudicante, et fructus possessionis dissipat (9). Cui casui equiparandi sunt ii omnes, quibus timetur dilapidatio rei controversae, aut petitur res mobilis, et reus suspectus est de fuga, neque aliunde sufficiens praestatur cautio (10).

III. Si reus contumax est, actori optio datur aut petendi immissionem in possessionem custodiae causae aut sequestrationem (11).

(6) Volentibus enim non fit iniuria, et quilibet rerum suarum est arbiter et moderator. Cfr. L. 21. Cod. mandati IV. 35.

(7) L. unic. Cod. de prohib. seq. pec. IV. 4., qua in rubrica vox « pecuniae » latam habet significationem et denotat quaecumque rem, ut passim tradunt doctores (cfr. *Maschal* h. t. n. 2.); cap. 1. X. h. t. Hoc cap. 1. Innocentius III. revocat mandatum sequestrationis, quam Caelestinus eius praedecessor fecerat « pro suo arbitrio », hoc est non iuste, ut explicat Glossa ibidem v. « Arbitris »: ita *De Angelis* h. t. n. 5. At l. c. cap. 1. Rom. Pontifex Caelestinus non ipse sequestrationem decernit, sed potius praecipit aliis, ut apud duos Episcopos res controversas deponant per sequestrum. Quod si Innocentius III. addit: « pro suo arbitrio » praecepit, vel ut in textu originali legitur: « pro suae voluntatis arbitrio sequestrari praecepit », maximum dubium existere videtur, num Innocentius his verbis voluerit suum praedecessorem publice redarguere iniustitiae et arbitrariae procedurae; imo forte mitior versio est praeferenda, multo magis quod non raro « pro suo arbitrio » non tantum excludit iniustitiam, sed aequivalet « pro suo prudenti arbitrio ».

(8) Cap. 2. X. h. t. Nam si solius custodiae causa tradita est possessio rei, in casu dilapidationis impossibilis fit restitutio in fine litis, si forte contra possessorem pronuntiatur.

(9) Cap. 3. X. h. t.

(10) L. 21. § 3. D. de appell. XLIX. 1.; L. 7. § 2. D. qui satisfacere coguntur II. 8.; *Tancred.* l. c. P. II. tit. 14. sq. de satisfactione actoris, rei, procur. et ceter. pers.

(11) Cap. 2. X. de dolo et cont. II. 14.; cap. 25. X. de rescript. I. 3.

IV. Si periculum sit, ne litigatores lite pendente, ut occupent rem controversam, ad vim privatam a iure prohibitam deveniant (12).

V. Si maritus vergat ad inopiam et periculum sit, ne dotem dilapidet (13).

VI. Si quis officio suo, propter quos fructus percipit, licet monitus sit, non satisfaciat (14).

566. Sequester esse potest quicumque partibus non sit suspectus et fidelis existimatur custos et administrator rei sequestratae. Porro unus vel plures assumi possunt neque ipse iudex vel arbiter ab officio sequestris exercendo, praesertim a partibus sibi delato, est exclusus (15). Quodsi in causis beneficialibus sequester eligatur, clericus sit oportet.

Cum nemo teneatur invitus contrahere (16), ut quis ex contractu sequestrum conventionale suscipiat, cogi non potest. Neque ulla existit iuris dispositio, vi cuius ex mandato iudicis sequestrum ex quasi contractu alicui imponi valet. At inita conventionem vel acceptato mandato iudicis, ex contractu vel quasi contractu sequester obligatur (17), neque officium susceptum dimittere potest, nisi ex iusta causa a iudice approbata.

## § 2. DE OBIECTO ET MODO SEQUESTRATIONIS.

567. Sequestrari possunt res omnes controversae sive corporales sive incorporeales vel iura, res mobiles atque immobiles, profanae et spirituales (18), nisi specialis existat prohibitio, veluti de sequestratione cadaveris (19). Quin imo aliqua ratione personae quoque sequestrari non prohibentur, v. g.

(12) L. 13. § 3. D. de usufructu et quemadm. VII. 1.; l. I. tit. 34. de tregua, tit. 40. de his quae vi.; l. II. tit. 13. de rest. spol. *De Angelis* citat l. V. tit. 35. cap. 1. 2. de purgatione vulgari; at ibi potius de duello iudiciali prohibito agitur, sive de ordalibus.

(13) Cap. 7. X. de donationib. inter vir. IV. 20.

(14) Cap. 28. X. de appell. II. 28. V. gr. canonicus non residet; tunc usque ad decisionem litis fructus sequestrari possunt.

(15) L. 11. § 2. D. de recept. arb. IV. 8.; L. 7. § 2. Dig. qui satisfacere cog. II. 8.

(16) L. 16. Cod. de iure delib. VI. 30.

(17) L. 5. Cod. de obl. et act. IV. 10.

(18) Cap. 2. X. h. t.; cap. unic. h. t. in Clem.; cap. 15. X. de iud. II. 1.

(19) Cfr. cap. 28. C. XIII. q. 2.; Novell. 60. cap. 1.



si uxor profuga ob saevitiam mariti restitui non possit, aut periculum corruptionis timeatur ex restitutione sponsae (20).

568. Speciatim a sequestratione minime sunt excepta beneficia ecclesiastica litigiosa, dummodo in illa perficienda servetur forma praescripta cap. unic. h. t. in Clem. (21). Quae Clementis V. dispositio a Pio IV. Const. "*Sanctissimus* „ 26. Octob. 1560. et a Pio V. Const. "*Cordi nobis* „ 30. Mart. 1568. magis fuit extensa (22).

569. Sequestratio a iudice ecclesiastico (23) legitima forma est decernenda. Quare:

I. Per summariam cognitionem constare debet de iure litigatoris, sequestrationem postulantis.

II. Praeterea citandus est is, in cuius praeiudicium sequestratio decernitur.

III. Qui postulat sequestrationem, iuramento affirmet necesse est, quod non calumniae causa, sed ad sui iuris defensionem illam postulet.

IV. Suspicio quaedam existere debet contra illum, contra quem petitur sequestratio.

V. Aliud non debet suppetere efficax remedium, quo damna timenda impediuntur, v. g. cautione data (24), nisi satisfactio ex speciali iuris prohibitione sequestrationi substitui non possit, ut fit in casu deciso cap. unic. h. t. in Clem. (25).

### § 3. DE EFFECTIBUS ET CESSATIONE SEQUESTRATIONIS.

570. Ex sequestratione:

I. Oritur obligatio (26) in sequestre rem sequestratam di-

(20) Cap. 8. 13. X. de rest. spol. II. 13.; cap. 14. X. de spons. et matr. IV. 1.; cap. 14. X. de probat. II. 19. De rapta sponsa cfr. Conc. Trid. Sess. XXIV. cap. 6. de ref. matr.

(21) Quoad censuram excommunicationis hoc capite inflictam nostra aetate unice standum est Pii IX. Const. "*Apost. Sedis* „ Cfr. *Santi* h. t. n. 7. Scilicet talis sequestratio non potest fieri contra possessorem, qui ante litem motam beneficium pacifice possedit iuxta cap. un. cit. in Clem.

(22) *Giraldi*, Exposit. iur. pont. P. I. sect. 252. 253.; *Thesaurus* I. c. cap. 2.; *Pirhing* h. t. n. 16. sq.

(23) Huiusmodi sequestratio facienda est per iudicem a quo, si petatur, antequam appellatio sit praesentata iudici ad quem et ab eo acceptata seu recepta. Si vero petatur postea, tunc DD. tradunt eam faciendam esse per iudicem ad quem. *De Angelis* h. t. n. 7.

(24) L. 7. D. qui satisfacere II. 8.

(25) *Pirhing* h. t. n. 6. sq.

(26) Haec obligatio est obligatio ex iustitia, quae oritur in sequestre ex inito contractu; quod si solo mandato iudicis etiam invito ex causa



ligenter custodiendi et fideliter administrandi et cum fructibus, sive in re sive in aequivalente servatis (27), victori restituendi (28). In victore vero existit obligatio compensandi damna et sumptus factos (29).

II. Hisce obligationibus in sequestre atque victore totidem correspondent iura, ad quorum tutelam victori eiusque haeredibus contra sequestrem conceditur actio depositi sequestraria (30), sequestri vero contra victorem actio contraria (31).

III. Possessio in sequestrem non transfertur, quia "proprie in sequestre est depositum", (L. 6. D. eod.), nisi litigetur de sola possessione et haec sola apud sequestrem deposita sit (32).

IV. Speciatim ex sequestro castri vel dignitatis, quibus annexum est ius eligendi vel praesentandi, sequester acquirit ius eligendi vel praesentandi sequestratione pendente, modo ex alio capite non sit inhabilis; nam ex cap. unic. h. t. in Clem. administratio rei sequestratae spectat ad sequestrem (33).

#### 571. Sequestratio cessat:

I. Lite finita per sententiam, quae transiit in rem iudicatam.

II. Ante litem finitam cautione data.

III. Conditione impleta, sub qua sequestratio facta est (34).

fuiisset imposita, sequester iste proxime obedire debet mandato legitimo superioris, et acceptato officio sequestris ex quasi contractu et vi huius officii oritur in eo pariter obligatio iustitiae.

(27) Aequitas suadet, ut parti, quae sequestrationem patitur necessarium et aliunde non habet alimenta aut necessaria ad expensas faciendas, ex re litigiosa haec omnia ministrentur.

(28) Cap. 2. X. de dol. et cont. II. 14.; cap. unic. h. t. in Clem. Quare obligationibus ex sequestratione ortis illae quoque annumerari possunt, quae in eo consistunt, ut partes abstineant ab usu rei sequestratae et omni innovatione lite pendente.

(29) Quamvis sequester ius habeat, ut damna resarciantur et reficiantur sumptus facti, tamen de iure salarium ei non competit. Cfr. *De Angelis* h. t. n. 9. in fin.

(30) L. 1. § 24. D. depositi.

(31) L. 5. pr. D. eod.

(32) L. 17. § 1. D. eod.; *Maschat* h. t. n. 8.; *Pirhing* h. t. n. 2. Porro si agitur de sequestro voluntario liberum est partibus deponere rem vel custodiae causa, et sic possessio victori prodest ad usucapionem, vel amittendae possessionis causa, et sic partibus ad usucapionem non prodest. Cfr. L. 39. D. de acquir. poss.

(33) *Maschat* h. t. n. 9.; *Schmalzgr.* h. t. n. 30. sq.; S. C. Ep. et Reg. 15. Iun. 1850.; *Arch. f. k. KR.* tom. 10. p. 370. sq.

(34) Cfr. quoque cap. 1. X. h. t. Ad conditionem impletam revocandus est regressus rei intra annum, si loco missionis in possessionem ex primo decreto facta est sequestratio. Cfr. cap. 1. X. h. t.

IV. Die veniente sive lapsu temporis, pro quo res sequestro tradita est.

V. Morte sequestris; nec ad haeredes eius officium transit, cum industria personae censeatur electa (35).

**572. Scholion.** DE INTERRUPTIONE ET SUSPENSIONE PROCESSUS.

Processus, si semel initium habuit, proseguendus est ad finem usque. Potest tamen aliquando varias ob causas, quae in eius evolutione superveniunt, aut interrumpi aut suspendi, ut recentiores Codices loquuntur (36), interruptionem a suspensione distinguentes.

Porro *suspendi* dicunt processum propter eventus, qui eius cursum impediunt, quique non dependent a statu, quem partes aut earum procuratores in iudicio habent.

*Interrumpitur* vero processus, quum deficit persona iuridica, quae in iudicio stabat, aut eius repraesentatio. Quare interrumpitur processus ratione mutationis, quae aut in alterutra parte aut in eius procuratore locum habet, et ex qua pars aut procurator inducuntur in impossibilitatem materiale vel legale permanendi in iudicio (37).

De his iam locuti sumus, quando de cessatione iuris et obligationis partium standi in iudicio, et de cessatione potestatis et officii procuratoris egimus. Facili analysi eorum, quae ibidem diximus, apparebit quandonam exinde interruptio, quandonam suspensio inducatur. Cfr. supra n. 172.

**573.** Patet autem, cessante causa *suspensionis*, posse sine ulla nova formalitate partem diligentiores cursum processus urgere; *interruptum* autem processum si quis velit prosegui, illum debet *iterum* assumere, seu *reassumptio instantiae* est facienda. Quae reassumptio non constituit introductionem novi iudicii, sed tantum continuationem iudicii iamdiu instituti (38).

**574.** In iure Romano, continuari iudicia indefinite non poterant, et Iustinianus celebri lege *Properandum* Cod. de iudic. edixit, "ne lites fiant immortales et vitae hominum modum excedant", criminales causas biennio, civiles vero triennio esse concludendas. Ex qua lege a nonnullis, forte minus pro-

(35) De arrestatione, quae ad hunc titulum referri solet, consuli possunt: *Schmalzgr.* h. t. n. 36. sq.; *Maschat* h. t. n. 12.; *Muenchen* l. c. I. p. 360.

(36) Cfr. Cod. proc. civ. Austr. § 155. sq.; Cod. proc. civ. Ital. a. 332. sq.

(37) *Mattiolo* l. c. III. 733. sq.

(38) Cfr. Cod. proc. civ. Ital. a. 333; *Mattiolo* l. c. III. 747.

habiliter (39), existimatur Iustinianum eum terminum stauisse quasi *peremptorium instantiarum*.

575. Quidquid de hoc sit, in iure canonico instantiae sunt *perpetuae* (40), quamvis non exinde excludatur *extraordinariae* praescriptionis vis, ita ut spatio triginta annorum perimantur (41). Instantiae perpetuitas, etiam hoc modo intellecta, inepta videtur in re processuali *Schmalzgrueber* (l. c. n. 79.), nec immerito; sed ius nostrum inutiles et damnosae prosecutioni litis obstitit remediis contra contumaces et praesertim decreto Tridentino sess. XXIV. c. 20., quo statuitur, ut omnes causae omnino saltem infra biennium a die motae litis terminentur, " alioquin post id spatium liberum sit partibus, vel alteri illorum, iudices superiores, alias tamen competentes, adire „.

576. At probe advertit *Lega* (l. c. I. 314.) hoc remedium non omnem practice solvere difficultatem, quod " adeo verum est, ut litigantes, ob maiores expensas et iudicii ad Superiorem delati difficultatem, remedio a Tridentino Concilio inducto parum utantur „. Ita *Lega*, qui statim addit *proxim forensem* remedium magis practicum excogitasse in *imperio* iudicis, qui, si una pars litem prosequi nimis negligat, pronunciare potest litem esse *desertam*, ex quo perimitur instantia et pars, doli et fraudis vehementer suspecta, condemnatur ad expensas. Reuera *Lega* duo distinguit remedia, quae tamen evidenter ad illud unicum reducuntur, quod innuimus.

577. Quae quidem pro prima instantia statuta sunt, nam pro secunda ex cap. 5. de appell. X. II. 28. et ex Clem. 3. de appell. II. 12. mandatum est ut haec iudicia intra annum, et solummodo de gravissima causa intra biennium, a die appellationis, absoluantur.

Potest etiam quis renunciare *actis iudicii* seu *instantiae*. Hoc autem habetur quando quis non renunciat *actioni*, sed tantummodo actis iudicialibus eo usque perfectis. Quae renunciatio, dummodo admissa sit ab altera parte, si facta fuerit post litis contestationem, inducit peremptionem instantiae et obligat renunciantem ad solvendas omnes expensas iudicii (42).

(39) Cfr. *Lega* l. c. I. 310.

(40) *Schmalzgr.* II. 1. n. 82.; *Reiffenstuel* II. 1. n. 31.; *Barbosa* in cap. 20. de iud. 1. 2.

(41) *Giraldi*, Exp. iuris pont. P. I. sect. 233.

(42) Cfr. Cod. proc. civ. Ital. a. 343.-345.

# SECTIO IV.

## DE PROBATIONIBUS ET DEFENSIONIBUS IUDICIALIBUS.

### TITULUS XXXII.

#### DE CONFESSIONIBUS (1).

(*Lib. II. tit. 18. de confessis*).

**578. Fontes:** Dig. XLII. 2. de confessis; Cod. VII. 59. de confessis; Dig. XI. 1. de interrogationib. in iure faciendis (2). — c. 1. C. II. q. 1.; C. XV. q. 3. 6. 8. — Cpl. III. lib. II. tit. 10. de confessis; Cpl. IV. lib. II. tit. 5. eod. — Decretal. Gregor. IX. lib. II. tit. 18. eod.; Decretal. Bonif. VIII. lib. II. tit. 9. eod. — Benedict. XIV. Const. « *Divinarum* » 2. Aug. 1757.; Clem. XIII., Const. « *Gravissimum* » 20. Mart. 1760. Act. S. Sed. vol. XVIII. p. 56. sq.

**Scriptores:** Commentator. iur. Rom. in cit. tit.; *Arndts-Serafini* l. c. § 114.; *Vering*, Gesch. u. Pand. § 128.; *Keller* l. c. §§ 51. 63. — Comment. iur. Decretal. in h. t. — *Zech* l. c. tit. 31. de confessis; *Devoti*, Inst. can. lib. III. tit. 9. § 4. sq. — *Pillius* l. c. P. I. § 10. sq. P. II. § 11.; *Tancred.* l. c. P. II. tit. 21. de interrog., quae fiunt ante litem cont., P. III. tit. 3. de faciend. in iure, tit. 4. de confessis in iure; *Gratia* l. c. P. II. tit. 3. de interrog. faciend. in iure, tit. 5. de articulis; *Durantis* l. c. I. II. partic. 1. tit. de interrog.; partic. 2. tit. de positionib., tit. de confessionib.; *I. Urbach* l. c. P. II. cap. 31. de positionib. et artic., cap. 32. 33.; *De Angelis*, Tract. absolutissimus de confessionibus iudicialibus et extraiudicialibus. Tuderti, 1695.; *Bouix*, De iud. eccl. II. p. 206. sq.; *Muenchen* l. c. I. p. 113. sq. p. 266. sq.; *Gross* l. c. I. p. 67. sq. II. 135. sq.; — *Ponsius* l. c. p. 126. sq.; *Lega* l. c. I. 440. sq.; *Mattei*, Sulla confessione giudiziale, in Archiv. giur. vol. 15.

#### Praenotiones.

**579. Connexio materiae.** Absoluta disputatione de quaestionibus incidentibus, denuo secundum ordinem forensem atque legalem continuanda est inquisitio de procedura canonica; et post litem contestatam, cum iam constet de obiecto controversiae, devenitur ad terminum probatorium. Qui terminus

(1) Quamvis in Decretalibus iste titulus inscribatur de confessis, tamen iam *Durantis* eum inscripsit « de confessionibus ». *Tancredus* vero hanc posuit inscriptionem: « de confessis in iure »; at est etiam confessio extra-iudicialis, de qua pariter hoc titulo agitur: quare aptius haec vox omittitur.

(2) Gregor. XVI., Regolam. giud. § 733. sq. Delle posizioni o interrogatorii giudiziali; Cod. proced. civ. Ital. art. 216. sq.; Cod. proced. civ. Gall. art. 1354. sq.; Cod. proc. civ. Germ. § 81. sq.



mirum in modum abbreviatur mutuis partium confessionibus, quibus pars adversa vel ab ipso onere probandi relevatur.

Quare in processu canonico et ante litem contestatam et post illam, praesertim ante probationes, receptae fuerunt interrogationes in iure sive positiones (3) et articuli (4), ideoque primo loco ponitur titulus de confessis.

**580. Definitio.** Confessio est asseveratio (5) illius, quod ab adversario intenditur (6), sive est asseveratio unius ex litigatoribus verum esse factum sibi contrarium, et adversario favorabile (7).

(3) Iuxta *Devoti*, Inst. can. lib. III. tit. 9. § 5. illae positiones et responsiones introductae sunt cap. 54. de elect. l. 6. et cap. un. de litis contest. II. 5. Positiones occurrunt in causa quadam (Albertari) in Act. S. Sed. XVIII. p. 65. proposita, quaeque *utiliter* consulitur ad cognoscendam proceduram in causis criminalibus, quamvis attendendum sit nec omnia argumenta *advocati* Albertarii nec omnes conclusiones *editorum* ipsorum Actorum esse probanda.

(4) Cap. 1. h. t. in Sext.; *Tancred.*, *Durantis* l. c.

(5) Quae asseveratio versatur circa factum, non circa ius; nam in iis, quae sunt meri iuris, confessio nec prodest nec nocet confitenti.

(6) *Zallinger* h. t. § 216. subiungit: "Quod ab adversario intenditur, consequenter confitenti praeiudicio est, non commodo. Tertio enim confessio regulariter non praeiudicat".

*Gross* l. c. l. p. 69. cum aliis putat, illud elementum confessioni non esse essenziale, quod *incommodum* sit *confitenti* in processu, licet hoc *ordinarie* cum confessione sit coniunctum. Et tamquam exemplum adducit debita ex ludo, quo casu licet factum a **reo** concedatur, non tamen ipsi damnum ex sua confessione inferitur. Inde idem *Gross* ulterius arguit, non in hoc iam reperiri aliquam confessionem, si una pars proferat affirmationem sibi noxiam, "sondern ihr Gegner, der die *Richtigkeit* derselben ausdruecklich oder stillschweigend anerkennt, als die gestehende zu betrachten ist. Allerdings liegt es im Interesse der Gegenpartei, die Behauptung, welche der sie vorbringenden Partei selbst zum Nachtheile gereicht, sofort als wahr anzuerkennen; allein der Umstand welcher diese Behauptung zur unbestrittenen, aus dem Gebiete des zu Beweisenden ausgeschiedenen macht, liegt nicht darin, dass sie gegen den Vorbringenden selbst wirkt, sondern darin, dass dessen *Gegner* sie als wahr gelten laesst". At si colludant partes v. gr. in causa matrimoniali, aderit consensus, sed non veritas!! damnum igitur ex confessione in confitentem redundans est praeiudicium pro veritate.

(7) Ad explicationem definitionis confessionis spectat quaestio, an confessio sit *species probationis*. *De Angelis* h. t. n. 6. rem ita absolvit: "Nonnulli innixi tum vulgato axiomati: propria confessio est optima probatio, tum auctoritati cap. 1. h. t. de conf. in Sext., tenent affirmativam sententiam; alii vero moti ex textu cap. 5. de raptor. negativam amplectuntur et eam nonnisi *relevationem* probationis esse tuentur. Verum quidquid sit de huiusmodi quaestione, illud certum est, quod confessio *probet* et fieri possit



### 581. Divisio. Confessio dividitur:

I. In *iudicialem*, quae fit in iudicio et coram iudice competente (8); et in *extraiudicialem*, quae datur extra iudicium vel coram iudice non competente.

II. In *spontaneam* sive libere factam; et in *non spontaneam*, quae errore nititur aut dolo elicitur aut vi metuque extorquetur.

III. In *expressam*, quae disertis verbis aut scriptura aliisque signis expressis continetur; et in *tacitam*, quae certo deducitur ex factis concludentibus (9); et in *praesumptam* (10) quae secundum ea, quae communiter fieri solent, merito existere supponitur (11).

vel in iudicio vel extra iudicium „. Cui modo solvendi quaestionem controversam vix multi calculum adiciunt.

Cfr. quae fuse de hac materia tractat Gross l. c. I. p. 68.; *Reiffenstuel, Pirhing* in rubr. h. t. de confessis. *Tancredus* inter *sex species probationum* confessionem **non** enumerat. Porro in iure Decretalium titulus de confessis ponitur ante titulum de probationibus in genere et consequenter titulos de probationibus in specie; denique non raro confessio in iure probationibus opponitur. Cfr. cap. 24. X. de verb. signif. V. 40. *Devoti* l. c. § 4. dicit: „ Inter plenas probationes principem sibi locum vindicat confessio, cum nulla sit probatio maior ea, quae a proprii oris confessione procedit „.

Concludendum videtur, confessionem *formaliter* quidem non esse probationem, probationibus tamen adnumerandam, si in *suo effectu* consideretur, imo sic consideratam esse *reginam probationum* et *probationem probatissimam*. Quae confirmantur ex *Zallinger* l. c. § 225. dicente: „ Capite 15. de restit. spoliat. II. 13. v. *quia nec per dicta testium vel confessiones partium*, inter probationis genera refertur confessio, nempe relate ad formandam conscientiam iudicis ferendamque sententiam. Reipsa autem confessio non probationis forma, sed relevatio ab onere probandi est „.

(8) Hinc si fieret in iudicio sed coram solo actuario, aut coram iudice competente quidem sed extra iudicium, non esset confessio iudicialis.

(9) Cfr. cap. 7. de iuram. calumn. II. 7.: „ Poena vero recusantis hoc iuramentum, cum praestandum fuerit, est, ut actor ab instituta cadat actione, reus autem haberi debeat pro confesso „.

(10) *Zallinger* h. t. § 217. confundit tacitam cum praesumptam, quae sane non sunt identica; nam tacita non ea est, „ quae fingitur a lege aut praesumitur ex facto „, sed haec est praesumpta.

(11) Confessio quaedam praesumpta est fuga post litem contestatam, silentium ad articulos, ad quos litigans iussus est respondere etc. Cfr. cap. 2. h. t. in Sext. De tacente, an pro confesso haberi debeat, videntur sibi contrariae regulae iuris in Sext. 43.: „ Qui tacet consentire videtur „, et 44.: „ Qui tacet, non fatetur, sed nec utique negare videtur „ et regula 142. D. de reg. iur.: Qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est, cum non negare „. *Zallinger* h. t. § 217. dicit rem decidi cit. cap. 2. h. t. in Sext., scilicet tacens habetur pro confesso in iis, ad quae iussus est respondere.

IV. In *simplicem*, qua quis pure et sine limitatione vel modificatione factum fatetur; et in *qualificatam*, quae fit cum clausula modificante et restringente.

V. In *iurata* et *non iurata* (12).

582. **Notae historicae.** In antiquo processu Romano, pro duplici disceptatione iudiciali “in iure” et “in iudicio”, etiam distinguebatur confessio in iure atque confessio in iudicio (13). Cui distinctioni in processu canonico correspondet confessio ad interrogationes ante litem contestatam, et confessio ad interrogationes post litem contestatam (14). Maxime vero post litem contestatam in foro ecclesiastico introductus est usus positionum, qui in iure Decretalium prima vice commemoratur cap. 54. §§ 2. 3. X. de elect. I. 6. = Gregorius IX. a. 1228. et cap. unic. X. de lit. contest. II. 5. = Gregorius IX. 1227-34.; et a Clemente. V. cap. 2. de V. S. V. 11. in Clem. iam “longaevus”, dicitur (15). Quae positiones, sive breves distinctaeque quaestiones ab una parte alteri propositae ad confessionem eliciendam, non respiciebant universam causam, sed facta particularia ad causam spectantia; et cum mirum in modum conferrent ad breviorum et clariorem probationem facilioremque expeditionem litium, etiam nostra aetate nondum plane ab aula recesserunt (16).

In causis criminalibus primis Ecclesiae saeculis, ut quis in foro ecclesiastico condemnaretur, non fuit requisita confessio, sed satis fuit, quod esset convictus (17). Saeculo quoque septimo, octavo, nono, Ecclesia ab hac praxi non fuit aliena (18), neque ulla occurrunt vestigia confessionum per torturam. Verum paulatim torturae usus ad confessionem eliciendam, etiam in tribunalibus ecclesiasticis, introductus est praesertim contra haereticos (19). Quae procedura per

(12) *Schmalzgr.* h. t. n. 1. 2.; *Gross* l. c. I. p. 70. sq.

(13) Sub qua distinctione etiam comprehenduntur confessiones ad interrogationes iudicis in qualibet parte iudicii, nisi quis cum *Gross* p. 74. eas tamquam tertiam speciem distinguere velit; at huius tertiae speciei nulla videtur esse ratio.

(14) *Gross* l. c. p. 74. 83. sq.

(15) Cfr. quoque cap. 1. 2. h. t. in. Sext.

(16) Instr. S. C. de Prop. Fide in Conc. plen. Baltim. III. a. 1884. p. 265; *Devoti*, Inst. can. I. c. § 5.; *Schulte*, Eheprocess § 24.; *Sentis*, D. Monarchia Sicula p. 282. 300.; *Santi* h. t. n. 19.

(17) Cfr. c. 1. C. II. q. 1. (S. Augustin.).

(18) Cfr. c. 1. sq. C. XV. q. 5.

(19) Cap. 1. de haeret. V. 3. in Clem. *Torturam*, cui quidam testes sunt subiiciendi, iam commemorat *Tancredus* l. c. P. III. tit. 6.

torturam, licet per se ab illicite excusari possit, si omnibus illis cautelis a canonistis excogitatis circumdetur, tamen medium detegendae veritatis fuit summopere imperfectum et non levibus incommodis et periculis expositum (20); ideoque iampridem optimo consilio in foro quoque ecclesiastico torture usus est sublatus (21).

§ 1. DE CONDITIONIBUS REQUISITIS AD CONFESSIONEM IUDICIALEM.

583. Confessio iudicialis, ut sit legitima suosque producat effectus, imprimis fieri debet a *persona habili*, quae iure praedita est ad standum in iudicio iuxta sanctiones canonicas. Quare procul dubio admittitur confessio maioris 25. annis (22), at tanquam irrita et invalida excluditur confessio infantis (23); quoad pupillos et minores standum est cap. 3. de iudic. II. 1. in Sext. (24), neque solius iuris Romani L. 6. § 5. D. h. t. ratio est habenda (25).

Denique in foro ecclesiastico nihil obstat, quominus quis per alium in iudicio factum confiteatur (26), dummodo is, qui pro alio confitetur, in casibus a iure expressis mandato speciali (27) sit munitus (28).

*Zech* de iudiciis criminalibus tit. VII. de tortura § 83. satis aperte, licet caute rem exprimat, est contra torturam, saltem prout exercebatur in foro saeculari; et praeterea refert sequentia: « Unde Hildebertus, Turonensis Archiepiscopus, arguit quemdam Episcopum vel sacerdotem his verbis: Reos tormentis afficere vel suppliciis extorquere confessionem, censura curiae est, non Ecclesiae disciplina, unde et ab eius animadversione abstinere debuisti, quem pecuniam tuam furto suspicaris asportasse (Hildeb. epist. 30.) ».

(20) *Zech*, De iudiciis criminal. tit. 7. de tortura.

(21) Cfr. *Gross* l. c. I. p. 96. sq.; *Droste* l. c. p. 54.

(22) L. 6. § 5. D. h. t.

(23) L. 4. pr. D. de in ius. voc. II. 4.

(24) Quod cap. 3. neque a *Gross* l. c. p. 76. neque a *Pirhing* videtur satis attendi; nam si *sine* tutore vel curatore stare possunt in certis causis minores in iudicio, sane *ad confessionem* tunc non requiritur tutor.

(25) *Schmalzgr.* h. t. n. 10.; *Pirhing* h. t. n. 9.; *Gross* l. c. p. 76. Secundum ius Romanum confessio *pupilli* sine tutore est irrita; irritanda vero est illa *minoris* absque curatore, et si cum auctoritate curatoris confessus graviter laesus fuerit, restituitur.

(26) R. I. 68. 72. V. 12. in Sext.

(27) Cfr. *Schmalzgr.* h. t. n. 42. sq. Idem auctor ibidem n. 5. sq. quae-rit, an iudex possit interrogare reum **de se confessum de sociis criminis**, et respondet iudicem *ordinarie* id **non** posse, tum propter cap. 1. X. h. t. et cap. 10. X. de test. II. 20., tum quia de se confessus est infamis, tum quia homines malefactores socios criminis desiderant. At *extraordinarie potest*. Quae autem idem auctor addit de tortura iam nihili habenda sunt.

(28) Cum *habilitate* personae ad confessionem iudicalem, connexa est

**584.** Ex parte obiecti confessionis requiritur, ut fiat de facto, quod nec rerum naturae (v. g. si quis confiteatur se occidisse Titum etiam nunc vivum), nec iuri repugnet (29) (v. g. confessio ante completum annum decimum sextum). Praeterea obiectum confessionis certum sit oportet et determinatum quoad substantiam et quantitatem (30), et litigiosum (31).

Denique confessio non prodest, si fiat de causa favorabili, v. g. contra valorem matrimonii (32); item saltem ordinarie vi probandi caret, si factum asseveratum redundet in favorem confitentis (33).

**585.** Ipse actus confessionis fiat necesse est scienter et sine errore atque cum pleno usu rationis (34), sponte et absque vi et metu (35), clare aperteque in iudicio et coram iudice competente (36); at praesentia adversarii, quae ex L. 6. § 3. D. h. t. requiritur, in foro ecclesiastico non est necessaria multoque minus acceptatio confessionis per alteram partem (37).

## § 2. DE VI ATQUE EFFECTIBUS CONFESSIONIS IUDICIALIS.

### **586.** Confessio iudicialis rite facta efficit:

I. Ut habeatur optima et plenissima probatio, quae infringat omnes alias probationes in contrarium (38).

quaestio de *obligatione* rei respondendi iudici legitime interroganti de crimine commisso. Cfr. *Schmalzgr.* h. t. n. 3. sq. 44. sq. Quae obligatio, licet prohibitum iam sit exigere iuramentum ab accusato de veritate dicenda in propria causa, etiamnum in casibus a iure naturali expressis existit. Cfr. *Droste* l. c. p. 55. 56. 119. 120.; cap. 1. h. t. in Sext.

(29) L. 14. § 1. D. de interrog. XI. 1.

(30) L. 6. pr. § 1. D. h. t. Nam confessio parit sententiam, quae nonnisi de re certa et determinata dari potest, ergo ipsa quoque confessio, cui conformis esse debet, iisdem qualitatibus instructa sit oportet.

(31) L. 13. D. de interrog. XI. 1.

(32) Cap. 5. X. de eo, qui cogn. IV. 13.; Instr. Card. Rauscher §§ 148. 149.; *Schulte*, Eheprocess § 49. Quia sicuti nemo iudex in causa propria, neque testis ob fidem suspectam, ita confessio in proprium commodum est suspecta.

(33) L. 6. Cod. de prob. IV. 19.; Instr. Card. Rauscher §§ 149. 232.

(34) R. I. 48. D.; L. 2. D. h. t.; cap. 3. X. h. t.

(35) Cfr. c. 1. C. XV. q. 6.

(36) Cap. 2. 3. X. h. t.

(37) *Pirhing* h. t. n. 36.; *Gross* l. c. I. p. 78. sq.; *Schmalzgr.* h. t. n. 11. sq.

(38) L. 1. D. h. t.; L. unic. Cod. h. t.; cap. 17. X. de praescript. II. 26.; *Pirhing* h. t. n. 19. sq.



II. Ut adversarius relevetur ab onere probandi (39).

III. Ut elidat praesumptionem etiam violentam (40).

IV. Ut admittatur etiam post conclusionem in causa (41).

V. Ut inducat notorium (42).

VI. Ut post se trahat sententiam iudicis, quae non obstante confessione, et in ordinario et in summario processu, necessario requiritur, tum in causis civilibus tum in causis criminalibus ad forum ecclesiasticum deductis (43).

VII. Ut viam appellationi ordinarie praeccludat (44).

(39) Similiter onus probandi in litigatore cessat, si in ipsius favorem militat evidentia sive *notorietas facti* (cfr. cap. 21. X. de iureiurando II. 24.; cap. 3. X. de testib. cog. II. 21.; cap. 8. 10. X. de cohab. III. 2.), aut ei assistit *praesumptio iuris*; imo si praesumptio sit *iuris et de iure*, non tantum ab onere probandi liberatur, sed ipsius adversarius etiam a probatione contra talem praesumptionem repellitur. Cfr. lib. II. tit. 23. de praesumptionibus; Gross l. c. I. p. 47. sq.; Schulte, Eheprocess §§ 47. 48.; Muenchen l. c. I. p. 101. sq.; Renaud l. c. §§ 103. 105. **Fama**, quae a notorietate facti probe est distinguenda et aliqua vi probandi non caret, praesertim si sit consensiens (cfr. L. 3. § 2. D. de testib. XXII. 5.; cap. 27. X. de testib. II. 20.), tamen factum plene non probat, multoque minus eosdem habet effectus ac **notorium**. Cfr. Maschat l. c. II. 19. n. 13.; Muenchen l. c.; Schmalzgr. II. 19. n. 22. sq.

(40) Zallinger h. t. § 222. Qui auctor l. c. recte animadvertere videtur auctores quosdam (v. gr. Zech, Schmalzgr.) idem asserere de praesumptionibus iuris et de iure. Id quod ipse putat solummodo admitti posse, si confundatur praesumptio violenta cum praesumptione iuris et de iure, v. gr. si quis fassus esset antiquo iure peccatum commissum cum sponsa, ubi Conc. Trid. non fuerat promulgatum. Talis confessio in foro interno admittitur, at in foro externo non est admittenda, quia contra praesumptionem iuris et de iure *saltem ordinarie* nulla directa admittitur probatio.

(41) Cap. 10. X. i. f. de fide instr. II. 22.

(42) Cap. 24. X. de V. S. V. 40.; cap. 7. X. de cohab. cler. III. 2.

(43) Can. 1. C. II. q. 1.; cap. 10. X. de trans. I. 36.; cap. 61. X. de appell. II. 28.; cap. 3. § 5. de appell. II. 15. In Sext. atque de universa ista controversia consuli possunt: Pillius l. c. P. II. § 11.; Gratia l. c. tit. 3. de posit. § 1.; Pirhing h. t. n. 20.; Gross l. c. p. 82. sq.; Santi h. t. n. 9. Iam Zallinger h. t. § 222. suae assertioni addit: « *saltem* si facta est post litis contestationem » et citat L. 3. D. h. t.; ergo videtur satis inclinare in illam opinionem, quod requiratur sententia, etsi *ante* litis contestationem confessio fiat, licet addat in hoc casu iudicem executive et per mandatum procedere, nam hoc ipsum mandatum in causis quoque civilibus aequivalet sententiae.

(44) Pirhing l. c. II. 28. n. 30.; Gross l. c. p. 87.; cap. 61. § Porro X. de appellat. II. 28. Sub n. VII. addita fuit vox « *ordinarie* », quia sunt *exceptiones*, v. gr. quando in ipsa *confessione* allegari potest defectus, v. gr. vis et metus; imo Santi h. t. n. 12. putat etiam in causis *criminalibus* non excludi, eo quod ad *excludendam* appellationem non sufficiat confessio, sed requiratur, ut quis sit **etiam** convictus ex testibus vel aliis iuridicis proba-



VIII. Ut sanet defectus in processu conficiendo commissos propter ordinem iudiciarium non servatum (45).

§ 3. DE SCISSIONE ET REVOCATIONE CONFESSIONIS IUDICIALIS.

587. Confessio qualificata (46), nisi qualitas adiecta totam destruat confessionem factam, aut contineat assertionem nullius plane momenti, aequiparanda est confessioni partiali, cui addita est partialis negatio aut exceptio. Neque quidquam obstat, quominus tum in causis criminalibus tum in causis civilibus non contentiosis confessio ita scindatur, ut a iudice atque ab adversario admittatur in ea parte, quae confitenti

tionibus. Cfr. quoque *Ph. Hergenroether*, D. Appellationen p. 23., ubi idem tradit, saltem pro gravioribus delictis, et fontes citat. Quod tamen saltem in Urbe et in Statu pontificio confessi in causis criminalibus non potuerint appellare, eruitur etiam ex Pii V. Const. « *Cum sicut* » 19. Iul. 1568. data *pro alma Urbe*, ut refert *Giraldi* l. c. P. I. sect. 255. Praeterea idem *Giraldi* l. c. refert in hac materia confessionis aliam Constitutionem, scilicet Pii IV. « *Licet* » 21. Maii 1565. sed etiam haec Constitutio potius referri videtur ad Urbem et Statum pontificium.

(45) Cfr. cap. 1. de accus. V. 1. in Sext. Praeter hos effectus *Schmalzgr.* h. t. n. 20. alios tres affert: 1º quod sanet omnes defectus processus, quia ad valorem confessionis processus non requiritur, scilicet ad valorem confessionis iudicialis; nam excipiendus esset casus, quo confessio fieret coram iudice incompetente, quia in tali casu aequiparanda est confessioni extraiudiciali; 2º quod per confessionem res iudicata retractetur; 3º quod aequiparetur rei iudicatae. At pro his textus iuris non affert, et *Zallinger* de effectu sub n. 2. allato nonnisi dubitanter loquitur, imo videtur in contrarium allegare cap. 11. de sent. et re iudic.

Idem *Schmalzgr.* h. t. n. 46. 47. inquit de effectu confessionis criminis incidenter factae in ordine ad poenas, et negat ob solam confessionem mere incidenter factam posse infligi poenam ordinariam; at id fieri posse si iudex instituto novo processu ex officio in criminosum inquirat, et ita conciliat cap. 2. X. h. t. cum cap. 1. X. de exception. et cap. 9. X. de excess. praelat.

Quosnam effectus producat confessio alicuius pro tertia persona, velut procuratoris pro domino, antecessoris pro successore, Praelati pro sua ecclesia, exponit *Schmalzgr.* h. t. n. 35. sq.

(46) *Muenchen* l. c. I. p. 121. recte notat confessionem *qualificatam* non posse esse fundamentum condemnationis, *neglecta* qualitate adiecta, quia ita confessio extenderetur iniusta plane ratione, quod aequum est vitandum ac iniusta *limitatio* confessionis. Quae decisio dependet ab illa quaestione cuinam incumbat onus probandi, num scilicet ei qui respondet et confitetur, an eius adversario. Si *confitens* reus debet probare suam qualitatem *adiectam*, confessio vocatur *indivisa*; si autem *actor* debet probare, confessio *divisa* dicitur. Quare quaestio de scissione sive divisione confessionis reducitur ad quaestionem *de divisione oneris probandi*.

ipsi contraria est, reiiciatur vero in reliquis, quae confitenti favent, nisi qui confessus est concludenter probet partem sibi favorem confessionis suae. Nam contra confessionem in proprium commodum stat praesumptio, quae tamen cedere debet veritati per legitima argumenta demonstratae (47).

588. Confessio ab uno ex litigatoribus in iudicio facta revocari potest in continenti, i. e. antequam a iudicio recedat et ad alia transeat negotia, etsi error probatus non sit; at si revocatio fiat ex intervallo, sed negotio nondum finito, saltem post litem contestatam requiritur, ut revocans doceat de errore (48).

#### § 4. DE CONFESSIONE EXTRAJUDICIALI.

589. Confessio extrajudicialis, ut ipsa vox insinuat, est asseveratio quam unus ex litigatoribus extra iudicium (49) facit, verum esse factum ab adversario in lite assertum. Quae ut vim quandam et efficaciam in iudicio habeat, imprimis servata proportionem fiat necesse est a persona habili atque capaci saltem ad testimonium ferendum (50).

Praeterea ex parte actus confessionis extrajudicialis requiritur, ut fiat sine errore vel dolo, absque vi et metu, serio, non ioci causa aut ex passione iracundiae.

At fieri potest verbis vel scripto, tacite vel praesumptive, cum acceptatione contrariae partis et sine illa, praesentibus personis, quarum interest, vel illis absentibus, cum expressione causae aut illa omissa.

590. Confessio extrajudicialis in causis criminalibus plenam vim probandi non habet, ideoque sola non sufficit ad

(47) *Schmalzgr.* h. t. n. 33. 34.; *Santi* h. t. n. 14.; *Renaud* l. c. § 104. i. f.; *Muenchen* l. c. l. p. 121. sq.

(48) *Cap.* 3. X. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 48. sq.; *Gross* l. c. p. 77. sq.

(49) At est confessio extrajudicialis confessio facta in foro saeculari, si agatur de causa matrimoniali in foro ecclesiastico disceptanda.

Confessio extrajudicialis non efficit, ut altera pars liberetur ab onere probandi. Quare se habet ut vera probatio, quae ad analogiam testimonii est taxanda. Hinc eae qualitates personales in primis videntur esse necessariae, quae requiruntur in teste.

Veteres canonistae requisita ad confessionem iudicalem et extrajudicalem pari fere modo tractant; at discrimen adesse satis indicat v. gr. *Reiffenstuel* per verba: "quaenam requirantur ad validam confessionem, praesertim iudicalem". Cfr. *Pirhing* h. t. §§ 2. 6.

*Gross* l. c. l. p. 89, nimis audacter et universaliter videtur negare in iure canonico adesse leges positivas de valore confessionum extrajudicialium.

(50) L. 13. Cod. de non num. pec. IV. 30.; *Gross* l. c. p. 76. sq.

pronuntiandam condemnationem (51). Quodsi confessio illa extraiudicialis proprii criminis facta esset in sacramentali confessione, quamvis legitima ratione de ea constaret, in foro externo tum canonico tum saeculari omni valore probandi esset penitus destituta (52).

Postquam extraiudicialis confessio plene probata est in iudicio (probanda est enim, cum factum sit, quod non praesumitur), sive per ratihabitionem in ipso iudicio, sive per duos testes idoneos (53), sive alia legitima ratione, in causis civilibus sive litigiosis modo plenam modo solummodo semiplenam probationem subministrat (54). Et plene quidem probat, si fiat praesente adversario et cum expressione causae obligationis (55), si sit scripta et in instrumento quidem publico vel a scribente recognito (56), si cum iuramento fiat vel ad causam piam, si repetatur post aliquod intervallum, si facta sit publice vel a moribundo, v. g. in ultima sua voluntate exonerandae conscientiae causa, nisi ex circumstantiis contrarium pateat. At fatendum est, nequaquam in hac re omnia claris textibus iuris posse comprobari et magnam inter auctores existere opinionum varietatem, qui casus plenae et semiplenae probationi sint adnumerandi (57). Quare ubi leges silent, a prudenti iudicis arbitrio pendet decisio (58).

(51) Cap. 25. X. de resc. l. 3.; L. 25. Cod. de prob. IV. 19.

(52) Cap. 2. X. de off. iud. ord. l. 31.; cap. 13. X. de excess. prael. V. 31.; *Santi* h. t. n. 25.; *Schmalzgr.* h. t. n. 35. sq.

(53) Cap. 23. X. de testib. II. 20.

(54) *De Angelis* h. t. p. 22. dicit nullam habere vim probationis; at id nimium est, nam poterit esse adminiculum vel occasio ulterioris investigationis etc. Hinc rectius *Santi* h. t. n. 6. dicit confessionem extraiudicialem in causis criminalibus non haberi tamquam plenam probationem.

(55) Cap. 10. de prob. II. 19.; cap. 14. X. de fide instr. II. 14.; L. 25. D. de prob. XXII. 3.; L. 13. Cod. de non num. pec. IV. 30. Ergo absente adversario, aut praesente adversario, sed sine expressione causae, tantum semiplene vel forte nihil probat. Quare talis confessio elidi non potest per subsequentem contrariam confessionem (cfr. cit. cap. 10. de prob.), nisi pars confitens probet se evidenter errasse, aut exceptionem opponere possit non numeratae pecuniae (cfr. L. ult. Cod. de non numer. pecun.), aut fiat solum per verba narrativa (cfr. cap. ult. X. de success. ab intest. III. 27.) vel tantum incidenter et non principaliter.

(56) Nov. 117. cap. 2.

(57) *Zallinger* h. t. § 223.; *Renaud* l. c. §§ 103. 120.

(58) *Gross* l. c. I. p. 89. Cfr. cap. 10. de prob. quod posterior confessio iudicialis priorem confessionem extraiudicialem propter singulares circumstantias non destruxerit. Cfr. *Muenchen* l. c. I. p. 124.

## TITULUS XXXIII.

### DE PROBATIONIBUS.

(*Lib. II. tit. 19. de probationibus*).

**591. Fontes:** Dig. XXII. 3. de prob. et praesumpt.; Cod. IV. 19. de prob. (1) — c. 5. D. 44.; C. VI. q. 5. — Cpl. I. lib. II. tit. 12. de prob.; Cpl. II. lib. II. tit. 10. eod.; Cpl. III. tit. II. tit. 11. eod.; Cpl. IV. lib. II. tit. 6. eod.; Cpl. V. lib. II. tit. 11. eod. — Decretal. Gregor. IX. lib. II. tit. 19. eod.; Const. Clem. V. lib. II. tit. 7. eod. — Instr. S. C. Ep. et Reg. 11. Iun. 1880. art. 16.; Act. S. Sed. II. 20. 400.; III. 125. IV. 442.

**Scriptores:** Commentator. iur. Rom. in cit. tit.: *Arndts-Serafini* l. c. § 114. 115.; *Vering*, Gesch. u. Pand. § 125. sq.; *Van Wetter* l. c. § 131.; *Keller* l. c. § 66.; *Renaud* l. c. § 96. sq. § 143. sq. — Comment. iur. Decretal. in h. t.; *Zech* l. c. tit. 24. de probationib.; *Devoti*, Inst. can. lib. III. tit. 9. eod. — *Mascardus*, Conclus. probation.; *Bouix* l. c. p. 302. sq.; *Muenchen* l. c. I. p. 98. sq. 197. sq. 265. sq.; *Gross*, D. Beweistheorie im can. Proc. I. p. 18. sq.; *Droste* l. c. p. 62. sq.; *Schulte*, Eheprocess § 45. sq. — *Pillius* l. c. P. III. §§ 6. 7.; *Tancred.* l. c. P. III. tit. 5. de probationib.; *Durantis* l. c. lib. II. partie. 2. tit. de probat.; *Urbach* l. c. P. II. cap. 37. de modis probandi — *Ponsius* l. c. p. 111. *Ricci*, Delle prove, Torino, 1891.; *Lessona*, Teoria delle prove del diritto giudiziario civile italiano. Firenze, 1895.; *Lega* l. c. I. 434. sq.

#### Praenotiones.

**592. Connexio materiae.** Si confessione adversarii vel aliis modis onus probandi rem controversam non est sublatum, ad legitimam probationem proceditur. Quae cum diversa ratione fieri possit, hoc titulo generalis quaedam disputatio de probationibus universim spectatis, ut ipsa rubricae verba insinuant, disquisitioni de specialibus mediis probandi convenienter praemittitur.

**593. Definitio.** Probatio (2) iudicialis, praeunte *Mascardo*,

(1) Gregor. XVI., Regul. giud. Delle prove § 614. sq.; Cod. proced. civ. Ital. art. 206. sq.

(2) Verbum probandi varias habet significationes: modo denotat approbationem alicuius rei, modo dicit experimentum de aliqua re sumptum, ut experiri saporem, etc. Et haec quidem si verbum istud generice sumatur; hic autem specificè sumitur pro probatione iudiciali, et in hac acceptione ei convenit significatio et definitio, quae in textu data est. Ad cuius meliorem intelligentiam sequentia sunt notanda: Dicitur enim:

1<sup>o</sup> Ostensio; idest per probationem res fit manifesta et aperto claroque modo proposita.

2<sup>o</sup> Rei dubiae; nam quae certa sunt, probatione non indigent. Porro probatio ordinarie circa facta tantum versatur, non circa iura, quia iura



passim a canonistis definiri solet; rei dubiae seu controversae per legitima argumenta iudici facta ostensio, sive actus iudicialis, quo per argumenta idonea in forma legitima proposita de re dubia et controversa iudici fit fides. Qua in definitione distinguendus est scopus sive finis vel effectus *probationis*, qui consistit in persuasione in iudice producta, a mediis sive *instrumentis* (3) probationis particularibus, et ab ipsa illa *activitate* atque deductione, qua in forma ab ordine iudiciario praescripta diversa illa media probationis apte proponuntur, ut *vis* illorum *probandi* pateat et iudicis firmam persuasionem producat. Quodsi probatio dicatur generatim complexus argumentorum, momentorum, rationum idonearum, quae in forma legitima propositae iudici de re controversa fidem faciunt, vix videtur posse in dubium vocari, quin vel ipsa confessio vel notorietas sit species probationis, *licet onus probationis* per confessionem vel notorietatem sit sublatum (4).

#### 594. Divisio. Probatio dividitur:

I. Ratione formae, in *iudiciale*m, quae fit in iudicio ecclesiastico secundum leges proceduræ canonicae; et in *extra-iudiciale*m, quae fit extra iudicium ecclesiasticum aut forma iudiciali non servata.

II. Ratione effectus, in *plenam*, qua iudici evidenter aut saltem certo veritas rei controversae manifestatur, ut sine ulteriore inquisitione ad sententiam definitivam ferendam procedere possit; et in *semiplenam* (5) sive *imperfectam*, qua

novit Curia, nisi agatur de consuetudine particulari, quam saltem superior iudex scire non debet, aut de privilegiis plane singularibus.

3º Iudici facta; quia ex legum dispositione iudici, non adversario facienda est. Cfr. L. 1. de cond. ob turp. caus. IV. 7.

4º Per legitima argumenta; quia iudex ad suam conscientiam efformandam rationabilibus ex causis debet moveri.

*Devoti* l. c. § 2. probationem definit: « Probatio est illius rei, quae in controversiam venit, legitime iudici facta demonstratio ».

(3) L. 1. D. de fide instr. XXII. 4.; L. 99. § 2. D. de V. S. L. 16.; L. 4. Cod. de edendo II. 1.; cap. 4. X. de testib. cog. II. 21.; *Muenchen* l. c. I. p. 100.

(4) *De Angelis* l. c. tit. de confessis p. 6.; *Gross* l. c. p. 47. 68.

(5) Non nimis insistendum est illi voci, quasi semiplena probatio secundum computationem arithmeticam sumenda sit, ita ut semiplena probatio aequivaleat dimidio probationis, quod, si addatur aliud dimidium, compleat unitatem seu totum ( $1/2 + 1/2 = 1$ ).

Sane Iuristae quidam (*Donellus* aliique) sunt, qui semiplenam probationem existere negant, et consequenter non admittunt divisionem probationis in plenam et semiplenam. Putant enim omnem probationem aut plenam esse aut nullam, cum probatio quae plene non probet non sit di-



minori maiori probabilitate, non plena certitudine iudici veritas rei controversae suadet, ita ut exinde ad sententiam definitivam moveri non possit (6).

III. Ratione modi, in *naturalem* et *artificialem*. Quibus in vocibus explicandis scriptores non satis conveniunt; at passim concedunt praesumptiones artificialibus probationibus esse adnumerandas. Quare *naturalis* probatio videtur posse dici illa, quae directe et immediate rem controversam probat; *artificialis* vero, quae proxime et directe aliud factum probat, ex quo veritas rei controversae per conclusionem deducitur (7).

Praeterea aliae sunt probationis species, velut probatio *simplex* et *mixta* (8); probatio *principalis* atque *reprobatio*

cenda probatio. Huic sententiae auctoritatem conciliare student nonnullis textibus iuris Romani. Sed *Schmalzgr.* h. t. n. 9. ostendit hanc divisionem esse omnino retinendam, tum propter maximum hac in re consensum doctorum, tum quia evidenter unus testis, quamvis plenam fidem non faciat, aliquid tamen facit, secus non posset iuramentum suppletorium deferri, cum illud deferri non possit neque in casu plenae neque in casu nullae probationis. Et certe testamentum vel similes actus aut perfectum habent valorem aut nullum; sed probatio admittit gradus sicuti ipsa cognitio, quam producit; potest enim esse evidens, certa, probabilis, ut iam constat ex philosophia.

(6) Cfr. *Schmalzgr.* h. t. n. 8. sq.; *Devoti* l. c. § 3. Probationes plenas alii alias enumerant. Sane iis adnumerari debent: 1° Depositio duorum testium omni exceptione maiorum circa eundem articulum; 2° Instrumentum publicum vel alia scriptura eidem equiparata; 3° Praesumptio iuris et de iure; 4° Iuramentum delatum ab una parte et ab altera praestitum; 5° Confessio ipsius rei; 6° Evidentia sive notorietas facti.

Semiplenae probationes sunt: 1° Depositio unius testis; 2° Scriptura privata; 3° Iuramentum suppletorium; 4° Praesumptio simplex; 5° Fama. Hoc autem magis patebit ex sequentibus titulis. Cfr. quoque *Schmalzgr.* h. t. n. 10. sq.

(7) *Schmalzgr.* h. t. n. 7. artificialem probationem vocat, quam arte sive industria propria conficit is, qui probat per argumenta ex ipsa causa eiusque circumstantiis sive ex rei visceribus petita. « Huc praecipue praesumptiones spectant », et addere potuisset « et indicia ».

Inartificialem vocat illam, quae non ex arte et ex causa sive ex visceribus rei, sed extra causam comparatur seu extrinsecus assumitur, nempe a testibus, instrumentis, confessione, iuramento, recepta doctorum opinione, etc. Duplex haec definitio sane claritate non commendatur; et definitio recentiorum in textu allata videtur esse magis clara et praeferranda, quamvis auctores non omnino concordent in ea exemplificanda; quare v. gr. nonnulli extraiudicalem confessionem adnumerant artificialibus probationibus, dum alii inartificialem, seu naturalem eam dicunt.

(8) Cap. 6. X. de renunt. l. 9.; cap. 27. X. de testib. II. 20.; cap. 14. X. de sent. II. 27. Illa conficitur *unico* medio sive instrumento probandi, v. gr. per solos testes, haec componitur *compluribus* mediis probationis.

sive probatio *contraria* (9), *affirmativa* vel *negativa*, *anticipata*, ad *perpetuam rei memoriam*, *solemnis* et *summaria* (10).

**595. Notae historicae.** Cum in probationibus et defensionibus iudicialibus non pauca ipso iure naturae nitantur, ea in Ecclesia universali semper observata fuisse manifestum est. At sicut Ecclesia in suo foro non dedignata est ius Romanum adoptare, praesertim in hac materia iudiciali (11), ita etiam reiectis non paucis abusibus (12) probationis iudicialis populorum germanicorum (13), alia, quae in se licita et honesta erant, non est aspersa (14).

#### § 1. DE SUBIECTO SIVE DE ONERE PROBATIONIS.

**596.** Ei generatim in omnibus causis sive contentiosis sive criminalibus incumbit onus probationis, qui aliquid dicit sive affirmat in praeiudicium alterius, non qui negat (15).

(9) Reprobatio sive probatio *contraria* est probatio, quae profertur contra aliam probationem iam propositam, ut ipsius vis elidatur. Talis *reprobatio* potest dirigi contra totam *substantiam* praecedentis probationis aut solummodo contra partem.

Quoad axioma: „Reprobatio reprobationis non datur“ putat *Gross* illud esse omnino verum, sed non reperiri in iure canonico, illudque male deduci a *Schulte*, Eheprocess § 45. ex cap. 47. de testibus; „denn dort werden doch ausdruecklich wider die testes reprobatorii probatoriorum (also wider die reprobatio), noch weiter testes reprobatorii reprobatoriorum (also eine reprobatio reprobationis) zugelassen, so dass gerade das Gegenteil des obigen Satzes, naemlich: reprobatio reprobationis datur, hieraus abgeleitet werden muesste“.

(10) Cfr. *Gross* l. c. I. p. 22. sq.

(11) Cfr. de probationibus iudicialibus in processu civili et criminali Romanorum: *Walter* §§ 731. 745. 851.

(12) Huc spectant abusus exigendi probationes per duella vel ordalia (cfr. lib. V. tit. 35. X. de purgatione vulgari; *Walter*, Deuts. Rechtsgesch. § 656. sq. 758. sq.) aut postulandi probationem negativae, ut si quis adactus fuit ad probandam suam innocentiam. Cfr. c. 1. (Gregor. I. a. 601.) C. VI. q. 5.; cap. 12. X. de prob. II. 19. = epist. Honor. III. dat. a. 1218. ad Archiep. Lundensem.

(13) Processus canonicus et communis fuit multo rationabilior ordine iudiciario populorum germanicorum; hinc recte tradit *Walter* convenientem fuisse introductionem processus canonici in foro saeculari.

(14) Cfr. lib. V. tit. 34. de purg. can. X.; *Gross* l. c. I. p. 99. sq.

(15) L. 2. D. h. t.; c. 2. C. VI. q. 5.; cap. 23. § Porro X. de elect. I. 6.; cap. 1. de conf. II. 9. in Sext. Reus iuri suo renunciare potest ac proinde ad illud probandum cogi nequit; attamen si confisus iustitiae causae suae, hanc voluerit probationem suscipere, ad hanc ipsam probationem faciendam est admittendus. Cfr. cap. 1. de restit. spoliat. II. 13. At si in probatione sua deficiat, non illico est condemnandus, sed si actor quoque in sua pro-

Quare cum actor ordinarie aliquid affirmet alteri nocivum, reus vero neget, regulariter actori affirmanti, non reo neganti incumbit probatio (16). Actore autem non probante, reus, etsi ipse nihil demonstravit in contrarium, absolvitur (17).

Quae regula generalis applicari nequit, si reus excipiendo fiat actor (18); si ius reo resistat et actori assistat, eo quod habeat intentionem in iure fundatam, v. g. Episcopus vel parochus; si minor agat contra maiorem ex venditione rei immobilis: est enim maioris probare, decretum iudicis cum aliis solemnitatibus intervenisse (19); si reus sponte onus probandi in se suscepit (20); si iudex ex iusta causa in reum transferat onus probandi, v. g. per iuramentum delatum.

597. Quamvis is, qui negat, regulariter probare non debeat negationem, imo purae negationis directa probatio per testes vel documenta fieri omnino non possit (21), tamen non desunt casus, quibus saltem indirecta probatio negativae assertionis fieri potest atque adeo debet (22). Ita qui proponit

batione defecerit potius est absolvendus. Nam generalis est regula, quod actore non probante reus est absolvendus; cui favori reus non censetur renuntiassse, nisi expresse sese ad amissionem causae obligaverit pro casu, quo non concludenter ius suum probaverit. Quod si reus legitime probaverit, non tantum absolvendus est ab impetitione actoris, sed sententia de re controversa in ipsius favorem est ferenda.

(16) Imo nec reus in iudicio conventus tenetur exhibere propria instrumenta actori ad fundandam contra se illius actionem, nisi in casibus a iure exceptis (cfr. cap. 1. X. h. t.), licet actor reo instrumenta sua cedere debeat. Cfr. *Schmalzgr.* h. t. n. 41. sq.; *Pirhing* h. t. n. 22. sq.; *Wernz* h. tom. V. n. 171. IV.; *Gross* l. c. I. p. 117. Cfr. quoque cap. 5. X. de renunt. I. 9.; cap. 3. X. de caus. poss. II. 12.; cap. 11. 12. X. h. t.; *Pillius* l. c. P. III. de probationib. § 6.; *Gratia* l. c. P. II. tit. 3. § 3.

(17) C. VI. q. 5.; cap. 26. X. de sent. II. 27.; cap. 36. § 1. X. de iureiur. II. 24.; c. 3. X. h. t.; cap. unic. X. ut eccl. III. 12.; *Tancred.* l. c. § 2.; *Pirhing* h. t. n. 5. sq.; *Bouix* l. c. I. p. 305. sq. Quae regula quod reo generatim non incumbat onus probandi, tenenda etiam est, si per viam inquisitionis sine accusatore aut denunciatore privato procedatur; nam eo in casu, si iudex procedat ex officio, iudex ipse tenetur afferre argumenta, quibus constet reum deliquisse; aut si promotor iustitiae instituat actionem, ipse rei culpam probare debet. Cfr. *Bouix* l. c. p. 306.

(18) L. 1. D. de except. XLIV. 1.

(19) L. 13. § 2. D. de Publiciana in rem act. VI. 2.

(20) L. 14. D. h. t.

(21) Cap. 11. X. h. t.; cap. 23. X. de elect. I. 6.

(22) *Pirhing* h. t. n. 8. sq. Indirecta probatio negativae non excluditur, ideoque iam *Gratia* l. c. monet recte in Decretalibus additam fuisse vocem „directa“, quemadmodum videre est tum in cap. 23. de elect. I. 6.: „Negantis factum per rerum naturam nulla est directa probatio“, tum in

negationem iuris in genere permissorum, is suam negationem, quae verius est affirmatio existentis prohibitionis vel irritationis, omnino probare tenetur (23).

Quod si quis qualitatem negat, quae a natura aut ex iuris praesumptione communiter inest, is defectum probare debet; si vero neget qualitatem accidentalem, quae rei aut personae communiter non inest, negationem suam probare non tenetur, nisi eam post promotionem adversarii iam factam proponeret, petens ut officio obtento privetur (24).

Denique propositio negativa probari debet ab allegante, si is super eam fundet suam intentionem (25). Quae *Gross* l. c. I. p. 25. contra veterum canonistarum doctrinam tanquam nova affert, neque natura rei neque in fontibus iuris canonici vel Romani solidum habent fundamentum (26).

## § 2. DE OBIECTO PROBATIONIS.

**598.** Obiectum probationis iudicialis tantum possunt esse facta, quae vere sint litigiosa inter partes atque iudici dubia et ad decisionem causae relevantia. Quare facta, de quibus iam evidenter et liquide constat ex confessione iudiciali litigatoris, aut inspectione oculari ipsius iudicis, aut notorietate, aut praesumptione iuris et de iure, non iam denuo sunt pro-

cap. 11. h. t.: " Quoniam contra falsam assertionem iniqui iudicis innocens litigator quandoque non potest veram negationem probare, quum negantis factum per rerum naturam nulla sit directa probatio ". Et sane si quis neget, se tali die homicidium commisisse Capuae, et probet eodem die se longe alibi fuisse, evidenter negativa illa probata est, licet indirecte.

(23) L. 5. D. h. t. V. gr. matrimonium esse illicitum aut irritum. Nam in iure omnia censentur licita vel valida, nisi probetur prohibitio vel irritatio. At haec non procedunt in genere prohibitorum, v. gr. si quis negat tale homicidium in iure esse permissum, tunc non neganti, sed affirmanti exceptionem a regula prohibitionis, onus probandi incumbit. Cfr. *Pirhing* h. t.

(24) V. gr. si quis negat aliquem idoneum ad beneficium quod iam possidet. Cfr. *Schmalzgr.* h. t. n. 34.

(25) Cfr. *Schmalzgr.* h. t. n. 33. sq. Si eadem causa inter easdem personas agitata ad alium iudicem devolvatur, acta prioris iudicii non sunt repetenda, sed valent etiam in posteriori iudicio. Cfr. cap. 15. h. t. X.; cap. 11. X. de testib. II. 20.; *Schmalzgr.* h. t. n. 50. sq.; *Gross* l. c. I. p. 119. V. gr. si quis neget se consensum dedisse et ideo petat declarationem nullitatis matrimonii.

(26) Quis probare debeat in iudiciis communibus (cfr. cap. 3. X. h. t.), vel in interdicto retinendae, si utraque pars contendit se in solidum possidere (cfr. cap. 9. X. h. t.), exponit *Pirhing* h. t. § 3.



banda, neque admittitur contra huiusmodi facta probatio in contrarium (27), licet contra simplicem praesumptionem probatio non sit exclusa (28).

599. Quaestiones iuris communis sive scripti sive non scripti in nullo iudicio ecclesiastico sive inferiore sive superiore constituunt obiectum probationis iudicialis. Nam iura novit curia, et quae iuris sunt, per se nota existunt ac proinde neutiquam veniunt probanda (29).

Cum inferior iudex leges particulares et consuetudines universales suae dioecesis vel suae provinciae, in qua constitutus est, necessario scire debeat, pariter huiusmodi iura particularia ibidem non sunt probanda. At talis iuris particularis scientia nequit supponi et exigi in superioribus iudiciis; hinc leges atque consuetudines particulares superiori iudici sunt probandae, cum potius videantur habere rationem facti (30), sicuti vel ipsi iudici inferiori leges et consuetudines particulares aliarum dioecesium, imo statuta localia vel consuetudines locales propriae dioecesis probari debent. Item privilegia singularia in iudicio non tantum alleganda, sed probanda sunt (31).

### § 3. DE FORMA ET MODO PROBATIONIS.

600. I. Quoniam iudici facienda est fides, probatio fiat necesse est iudici, non adversae parti, quae vix unquam adduci poterit, ut intentionem sibi contrariam satis probatam esse dicat. Porro probationes proponendae sunt, praesente notario publico aut saltem duobus viris idoneis, qui eas illico in scriptum redigant (32).

(27) Quia non debet quis admitti ad probandum illud, quod probatum non relevat. Cfr. L. 21. Cod. de prob.; *Zech* tit. de test. § 312.

(28) *Tancred.* h. t. § 4.; *Pirhing* h. t. n. 31. Sicuti contra simplicem praesumptionem admittitur probatio in contrarium, ita etiam videtur admitti contra ea quae tantum simplici ratione in iudicio probata sunt, non vero *liquide et evidenter*.

(29) Cap. 44. X. de appell. II. 28.; *Tancred.* l. c. P. III. tit. 15. de allegationib. § 5.; *Reiffenstuel* h. t. n. 6. 36.

(30) Cap. 1. de const. I. 2. in Sext.

(31) Cit. cap. 1. in Sext.; cap. 13. 18. 21. 24. X. de privil. V. 33.; cap. 7. de privil. V. 7. in Sext.; cap. 1. de praescript. II. 13. in Sext.; *Reiffenstuel* II. 22. n. 97.; *Gross* l. c. p. 34. sq. Quomodo possint vel debeant probari certa quaedam obiecta, velut fines dioecesium, filiatio, aetas, virginitas, disponitur cap. 13. 10. 8. 4. 14. X. h. t.; cfr. quoque Instr. S. C. C. 22. Aug. 1840.; *Schmalzgr.* h. t. n. 53. sq.

(32) Cap. 11. X. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 4. sq.



II. Probatio debet esse clara, conformis libello, ordinata; ideoque prius actor adigitur, ut suam probet intentionem, deinde reus ultimo semper loco suis auditur defensionibus (33).

III. Tempore legitimo fieri debet probatio, i. e. intra terminum probatorium a iudice constitutum. Quamvis non raro probationes iam ante litem contestatam proponi debeant vel possint (34), tamen ordinarius et principalis terminus probatorius in processu canonico est post litis contestationem usque ad conclusionem in causa.

IV. Probatio ordinarie debet esse plena (35) et certa, quae iudicem plene instruat (36). Quodsi actor plene suam intentionem probavit, non tenetur eam iuramento firmare (37), cum praesertim in praeiudicium alterius superfluis mediis non sit utendum (38).

#### § 4. DE EFFECTIBUS PROBATIONIS.

##### 601. Effectus plenae probationis sunt:

I. Ut iudex secundum illam ferre debeat sententiam aut pro actore, si intentionem suam plene probavit, aut pro reo, si actor in probatione defecit vel reus actoris accusationem plene refutavit (39).

II. Actor compelli nequit, ut praeterea causam suam iuramento confirmet, neque reus plene convictus in causa

(33) L. 19. Cod. h. t.

(34) *Gross* l. c. I. p. 117. sq.

(35) Ita per litteras Ordinarii plene probatur, quod quis sit excommunicatus (cfr. cap. 7. X. h. t.); et Litteris Apostolicis, quibus Rom. Pontifex proprium factum narrat, plena fides est adhibenda. Cfr. cap. unic. h. t. in Clem.; cap. 10. de privileg. V. 7. in Sext.

(36) Cap. 8. X. h. t. i. f. Quamvis Ecclesia pro sua sapientia iudicium, utrum probatio quaedam sit plena nec ne, non soli aestimationi iudicis ecclesiastici reliquerit, tamen prudens arbitrium iudicium in suo foro nimis multis legibus non restrinxit, neque enim putandum est, omnes illas « regulas », ab auctoribus maiori minorive varietate traditas, habere vim legum universalium, quibus iudices adstringantur. Cfr. *Gross* l. c. I. p. 123. sq.

Quae scriptores quidam acatholici, velut *Endemann*, ex mente atque « indole Ecclesiae catholicae » deducunt, ut canonicum probandi modum impugnent, mutuis ipsorum contradictionibus convelluntur, et neque in natura rei neque positiva Ecclesiae legislatione solidum habent fundamentum. Cfr. *Gross* l. c. II. 290. sq.

(37) Cap. 2. X. h. t.

(88) *Maschat* h. t. n. 8.

(39) L. 11. 12. Cod. h. t.

criminali admittitur ad purgationem canonicam vel probationem negativae (40); at iudex permittere potest, ut onus probandae innocentiae in se suscipiat, si positivis argumentis sufficienter convictus non sit.

III. Quodsi complures probationes concurrant, fieri potest, ut sibi contrariae non sint et consequenter una alteram non elidat (41); at si sibi sint contrariae, efficacior praevalet atque destruit contrariam (42). In casu aequalis probationis absolvitur reus (43), vel pro possessore sententia fertur, vel pronuntiatur „uti possidetis, ita possideatis „ (44), nisi agatur de specialibus causis favorabilibus, velut vinculi matrimonii, testamenti, dotis, in quorum favorem, non obstante aequali probatione, lis est definienda (45).

#### 602. Simiplena probatio efficit:

I. Ut iuramentum suppletorium imponi possit, quod cum aliis adminiculis iudici plenam fidem faciat.

II. Ut in causis modicis vel antiquis nulli praeiudicantibus sufficiens habeatur fundamentum ad sententiam ferendam.

III. Ut ad inquisitionem specialem et purgationem canonicam deveniri possit (46).

(40) Cap. 2. 12. X. h. t.

(41) Cap. 2. de testib. II. 8. in Clem. V. gr. si quis probet, se mutuum dedisse, et alter se solvisse, utrumque verum esse potest.

(42) Cap. 4. 6. X. h. t. Ita v. gr. duo testes de visu destruunt praesumptionem vel unum testem vel famam. Porro probatio virginitatis per iuramentum et per inspectionem matronarum praevalet assertioni viri iurantis se mulierem cognovisse. Cfr. cap. 4. h. t. X.

(43) Cap. 3. X. h. t.

(44) Cap. 9. X. h. t.

(45) Cap. 26. X. de sent. et re iud. II. 27.; cap. 3. X. h. t.; *Schmalzgr. h. t. n. 11. sq.*

(46) Cap. 5. 8. X. de purgat. can. V. 34.; *Schmalzgr. h. t. n. 14. sq.*

## TITULUS XXXIV.

DE TESTIBUS ET ATTESTATIONIBUS  
ET TESTIBUS COGENDIS (1).

(*Lib. II. tit. 20. de testib. et attest.; tit. 21.  
de testib. cog. vel non*).

**603. Fontes :** Dig. XXII. 5. de testib.; Cod. IV. 20. eod.; Novell. 90. (2). — C. II. q. 4.; C. IV. q. 2. et 3. — Cpl. I. lib. II. tit. 13. de testib. et attest.; Cpl. III. lib. II. tit. 12. eod.; Cpl. IV. lib. II. tit. 7. de testib.; Cpl. V. lib. II. tit. 12. de testib. et attest. (3). — Decretal. Gregor. IX. lib. II. tit. 20. eod.; Decretal. Bonif. VIII. lib. II. tit. 10. eod.; Const. Clem. V. lib. II. tit. 8. de testib. — Conc. Trid. Sess. XIII. cap. 7. de reform. — Decretal. Clem. PP. VIII. lib. II. tit. 6. de testib. Cfr. *Sentis* l. c. p. 51. sq. cum aliis Const. apost. — Instr. S. Congr. Epis. et Reg. 11. Iun. 1880. art. 17. 18. 19. 20.; Act. S. Sed. II. 406.

**Scriptores :** Commentatores iur. Rom. in cit. tit.; *Arndts-Serafini* l. c. §§ 64. 115.; *Van Wetter* l. c. § 133.; *Renaud* l. c. § 110.; *Wetzell* l. c. § 23. — Comment. iur. Decretal. in h. t.; *Zech* l. c. tit. 26. de testib.; *Devoti*, Instit. can. lib. III. tit. 9. § 7. sq. — *Pillius* l. c. P. III. § 8. sq.; *Tancred.* l. c. P. III. tit. 6. de testibus; *Gratia* l. c. P. III. tit. 6. de testib.; *Durantis* l. c. lib. I. partic. 4. tit. de teste; *I. Urbach* P. II. cap. 33. sq.; *Bouix* l. c. I. p. 309. sq.; *Muenchen* l. c. I. p. 124. sq.; *Gross* l. c. II. p. 5. sq.; *Schulte*, Eheprocess § 51. sq.; *Droste* l. c. p. 63. sq. — *Ponsius* l. c. p. 112. sq.; *Latreille*, De la preuve testimoniale, 1872.; *Lega* l. c. I. 465. sq.; *Cesareo Consolo*, Tratt. della prova per testimoni, Torino, 1909.

## Praenotiones.

**604. Connexio materiae.** Postquam titulo praecedente de probationibus universim spectatis disputatio est absoluta, de singularibus mediis sive instrumentis probandi ex naturali rei connexionе speciatim est disserendum et inter illa media probandi secundum ordinem legalem atque etiam naturalem, si quis inspectioni oculari iudicis non vindicet proprium ti-

(1) In iure civili Romano non existit rubrica propria de testibus cogendis vel non; imo in ipsis collectionibus authenticis iuris canonici titulus iste non existit excepta collectione Gregorii IX.

(2) Gregor. XVI., Regolam. giudiz. § 603. sq. Della prova per testimoni; Cod. proced. civil. Gall. art. 252. sq.; Cod. proced. civ. Ital. art. 229. sq.; Cod. proced. civil. German. § 338. sq.

(3) Cpl. I. lib. II. tit. 14. de testib. cog. vel non; Cpl. II. lib. II. tit. 13. de testib. cogendis; Cpl. V. lib. II. tit. 13. de testib. cogendis.

tulum (4), optimo iure principem locum attestaciones sive depositiones testium occupant (5).

**605. Definitio.** Testis in genere est persona idonea (6), quae ad fidem alicuius rei faciendam adhibetur (7); et attestaciones sunt depositiones sive asseverationes personae idoneae ad fidem faciendam de aliquo facto.

At hoc titulo non agitur de testibus solemnitatis in testamentis, contractibus aliisque negotiis legitimis, sed de testibus probationis in ecclesiastico iudicio. Qui *testes iudiciales* sunt personae idoneae, legitime ad iudicium ecclesiasticum vocatae, quae de facto dubio et alieno (8) in processu canonico testimonium rite ferunt; *attestaciones* vero *iudiciales* sunt depositiones sive asseverationes personae idoneae, legitime ad iudicium ecclesiasticum vocatae, de facto dubio et alieno in processu canonico.

**606. Divisio.** Testes dividuntur:

I. In *publicos* (9) et *privatos*. Illi sunt personae publicae, quae de actibus sui officii deponunt (10); alii, qui aut personae publicae non sunt, aut de actibus sui officii non deponunt, dicuntur privati.

(4) Cfr. de inspectione oculari: *Schmalzgr.* II. 19. n. 18. sq.; *Muenchen* I. c. I. p. 181.; Gregorii XVI., Regol. giud. § 721. sq. Degli accessi.

(5) Nam probatio per testes fit viva voce et per personam, non per rem mortuam; viva vox autem et persona rei mortuae sunt praeferendae, cum agitur de fide iudici facienda. Arg. cap. 10. de fide instr. X. At haec probatio non videtur praeferenda ipsi inspectioni oculari iudicis, quae imo videtur, nisi alia adiuncta specialia adsint, quae contrarium suadeant, aptior ad fidem iudici faciendam, quam testimonium alterius. Ceterum ratio superius allata hic non urget.

(6) Vocibus illis « persona idonea » satis continetur distinctio « a iudice et a partibus », quam recentiores diserte enuntiant.

(7) L. 1. pr. D. h. t.

(8) In facto proprio aliquis non est testis, sed potius confitens aut asseverans.

(9) Cap. 7. X. de testib. cog.

(10) Cap. 7. i. f. X. de prob. II. 19.; cap. 28. X. de testib. Duobus istis citatis capitulis est sermo de scripto testimonio *iudicis*. Hinc *Renaud* I. c. § 111. p. 307. existimat testimonium *unius* officialis publici facere plenam fidem neque in fontibus iuris communis neque in fontibus iuris canonici generaliter esse enuntiatum; quae vera sunt hoc sensu, quod in iis capitulis sermo est de persona iudicis, non de aliis; at conferendus est *Devoti*, Inst. can. lib. III. tit. 9. § 8., ubi exempla affert, quibus uni creditur, v. gr. notario confirmanti ea, quae sui officii sunt, nuntio, qui de citatione refert, episcopo concedenti litteras testimoniales, parocho, qui de celebratione matrimonii refert. Cfr. etiam Novell. LXXIII. cap. 7.; cap. 19. X. de appellat.

II. In *contestes*, qui concorditer deponunt de eodem facto, et testes *singulares*, qui in testimonio ferendo non concordant (11).

### § 1. DE HABILITATE TESTIUM.

607. Quicumque per naturam vel ius canonicum non prohibentur, ii omnes habiles sunt ad testimonium ferendum in foro ecclesiastico. Nam edictum de testibus, sicut de procuratoribus, est prohibitorium in materia generaliter permissa (12).

608. I. Absolute et simpliciter a testimonio ferendo prohibentur :

Furiosi (13), amentes, fatui, ebrii, aegroti, qui nec res bene percipere nec cum aliis communicare valent, infantes et pupilli infra annos pubertatis suae (14), muti, caeci, si de

(11) *Maschat* h. t. de testib. n. 3. Singularitas testimonium est triplex : *obstativa* seu *adversativa*, si dictum unius sit contrarium dicto alterius ; *diversificativa*, si testes deponunt de factis diversis, at sibi non contradicunt ; *adminiculativa* sive *cumulativa*, si de diversis factis deponunt, sed sese mutuo iuvant, v. gr. unus testatur de visu, alter de auditu, unus de actu praeparatorio, alter de actu quodam sequente.

(12) L. 1. § 1. D. h. t. ; *Tancred.* l. c. P. III. tit. 6. ; *Pirhing* h. t. n. 2. 3. Quod statutum est c. 16. C. XXII. q. 5. et cap. 1. X. h. t. quod testes debent esse ieiuni, contraria consuetudine est abrogatum, et ita intelligendum, ut sint vere sobrii. Quare si quis non perfecte esset ebrius, sed esset tamen nimis hilaris, iure merito a iudice ecclesiastico repelli posset a testimonio ferendo ; quemadmodum etiam ebrii admittendi non sunt ad testimonium dicendum de iis, quae acciderunt tempore ebrietatis, etiam postquam sobrii facti sunt.

(13) « Ne furiosus quidem testis adhiberi potest, quum compos mentis non sit, sed si habet intermissionem, eo tempore adhiberi potest ». L. 29. § 4. D. qui testamenta facere XXVIII. 1. Cfr. quoque Inst. de testam. ordinand. II. 10. Hos textus citat *Muenchen* l. c. ; at fatendum est, ea quae de testibus testamentariis statuta sunt, rigoze non concludere de testibus iudicialibus, ut recte contra *Muenchen* animadvertit *Gross* l. c. II. p. 8. Et certe si agitur de furioso, is etsi habeat lucida quaedam intervalla, habet etiam non lucida, quae quidem saepe non brevia quaedam intervalla erunt, sed status fere continuus ; porro is quomodo postea certo retinere poterit ea quae percepit ? Cfr. *Gross* l. c. II. p. 9.

(14) Can. 1. C. IV. q. 2. ; c. 14. sq. C. XXII. q. 1. *Schmalzgr.* h. t. n. 7. putat impuberes factos puberes posse testari de iis, quae ante pubertatem perceperunt, si ea percipere facile potuerunt et pubertati fuerunt proximi. Cfr. *Schulte*, Eheprocess, qui idem fere tenet ; at *Gross* l. c. II. p. 10. hoc omnino negat, quamvis fateatur Glossam et plerosque veteres sibi obstare. Etiam *Scherer* in critica operis *Gross* (Arch. f. k. KR. t. 45. p. 179.) putat non probari in canonibus Gratiani etiam pro puellis requiri 14. annos. Im-



facto sit deponendum, cuius perceptio pendet a sensu, postquam iam amissus est. Quid aliis sensibus percipere et sufficienter testari possint, nostra aetate iudicandum est secundum gradum instructionis forte receptae.

Licet interdum feminae (15) iure canonico videantur excludi a testimonio ferendo (16), id minime generaliter est asserendum; nam tum in causis criminalibus, tum in causis contentiosis, a testimonio ferendo repelli non possunt (17), imo in causis matrimonialibus non raro ceteris testibus sunt meliores et disertis iuris canonici sanctionibus admissae (18).

609. II. Iure canonico excluduntur a testimonio ferendo contra fideles in foro ecclesiastico:

*Infideles, Iudaei, apostatae, haeretici* (19), *excommunicati* excommunicatione maiori (20). Hi si sint vitandi, ipso iure sunt exclusi et a iudice ex officio repellendi; si vero sint tolerati, iudex eos repellere ex officio potest, imo debet, si pars talem instantiam proponat (21).

*Infames* (22). Nam actus legitimi infamibus sunt inter-

puberes non admittuntur ad testimonium dicendum praecipue propter defectum scientiae et maturi iudicii nec non propter debilitatem voluntatis. Quod probatur ex L. 10. D. de iuris et facti ignor. XXII. 6.: « Impuberes sine tutore agentes nihil posse vel scire intelliguntur » et ex L. 9. D. de acquir. haered. XXIX. 2.: « Pupillus.... quamvis non videatur scire huiusmodi aetatis puer: neque enim scire, neque decernere talis aetas potest, non magis quam furiosus... ». — Attamen non est haec unica ratio exclusionis; accedit enim alia quoque ratio, quod scilicet pueri puellaeque ante illam aetatem ad iuramentum non sunt admittendi secundum praescriptionem can. 14. C. XXII. q. 5.: « Parvuli, qui sine rationabili aetate sunt, non cogantur iurare », cui canonici consonant canones sequentes 15. 16. eod. Cfr. Scherer in Arch. f. k. KR. t. 45. p. 179. quod Gross teneat etiam puellas tantum annorum 14. esse habiles ad iuramentum iudiciale et testimonium ferendum. At Scherer putat id a Gross ex can. 15. C. XXII. q. 5. non esse sufficienter probatum.

(15) Ius Romanum ex feminis a testimonio ferendo exclusit tantum meretrices publicas.

(16) Can. 17. C. XXXIII. q. 5.; cap. 10. X. de V. S. V. 40.

(17) Cap. 3. X. h. t.; cap. 2. de iud. II. 1. in Sext.

(18) Cap. 33. X. h. t.; cap. 3. X. qui matrim. accus. IV. 18.; Schmalzgr. h. t. n. 56. sq.; Pirhing h. t. n. 67. sq.; Muenchen l. c. I. p. 134.; Gross l. c. II. p. 10. sq.; Arch. f. k. KR. tom. 45. p. 199.

(19) Can. 24. 26. C. II. q. 7.; cap. 1. X. de haeret. V. 7. At in causis matrimonialibus, si alii testes non adsint aut non aequae habiles, admittuntur etiam infideles. Cfr. Schmalzgr. h. t.

(20) Cap. 13. X. de haetic. V. 7.; cap. 8. de sent. excom. V. 11. in Sext.

(21) Schmalzgr. h. t. n. 27.

(22) L. 3. § 5. h. t.; c. 2. C. IV. q. 2.-3.; c. 2. 17. C. VI. q. 1.; c. 9. C. III.

dicti (23). Et imprimis optimo iure arcentur condemnati propter periurium, aut testes data vel promissa pecunia corrupti. Item accusati de crimine diffamante, pendente iudicio criminali (24).

Quodsi inter personas a testimonio ferendo exclusas a canonistis commemorantur pauperes et viles personae, iam *Tancredus* h. t. recte notavit: " Mihi videtur hoc dictum esse de pauperibus, qui obtentu pecuniae praesumuntur suppressere veritatem " (25).

610. Relative tantum excluduntur a testimonio ferendo:

I. Pro certis personis certisque causis: Ipsi litigatores, sive principales sive secundarii, in propriis suis causis (26).

Parentes pro liberis et vicissim, et generatim ascendentes

q. 5. Infamis infamia iuris quis fit sive propter infamiam ipso iure ipsoque facto inflictam (L. 1. D. de iis qui notantur infamia III. 2.; Conc. Trid. sess. XXV. cap. 19. de ref., contra duellantes eorumque patrinos; quae poena a Greg. XIII. Const. " *Ad tollendum* " a. 1582. extensa est ad duellum factum sine patrinis), sive propter sententiam iudicalem, qua ex iuris dispositione inflictam haec poena est.

Huiusmodi crimina, quae sequitur infamia, si decernatur condemnatio, sunt crimen adulterii, homicidii, furti, doli, calumniae, laesae maiestatis. Cfr. can. 17. C. VI. q. 1. et can. 9. C. III. q. 5., ubi infames declarantur sacrilegi, periuri, abstrahentes facultates Ecclesiae, contemnentes statuta ecclesiastica.

Circa quaestionem an Ecclesia illos habeat infames, quos leges saeculi tales declarant: cfr. *Wernz*, Ius Decr. tom. II. n. 130.

Infamia inflicta a lege vel a iudice sola emendatione non tollitur, sed tantum per dispensationem Rom. Pontificis vel per sententiam contrariam iudicis, quia infamia iuris procedit a statuto auctoritatis publicae in Ecclesia, quod a privata voluntate mutari nequit.

Infamia facti cessat per emendationem et poenitentiam argumentis comprobata.

*Schmalzgr.* h. t. n. 17. notat, quod in certis criminibus v. gr. simonia, haeresi, etc., admittuntur infames, si veritas aliter haberi non potest. At propter enorme crimen testis alias inhabilis non fit habilis; quare videtur talis testis tantum admitti ut aliqua notitia hauriatur ex eius depositionibus ad ulteriorem inquisitionem. Cfr. *Gross* l. c. Et nota ipsum *Schmalzgr.* h. t. n. 41. ad idem accedere, quoniam requirit alia adminicula, ut iudex possit procedere ad inquisitionem specialem, quia talis socius criminis non facit maiorem fidem quam infamis suspectus testis.

(23) Cap. 1. 47. 54. X. h. t.; Cap. 7. X. de testib. cog.; cap. 1. X. de except. II. 25.

(24) Can. 14. C. XXII. q. 5.; cap. 10. 13. 54. 55. 56. h. t.; cap. 1. h. t. in Sext.

(25) *Schmalzgr.* h. t. n. 28.

(26) L. 10. D. h. t. XXII. 5.; L. 10. Cod. h. t. IV. 10.; c. 3. § 24. C. IV. q. 2. et 3.; *Schmalzgr.* h. t. n. 62. sq.

et descendentes in linea recta; item fratres, consanguinei, affines in testimonio ferendo favorabili saltem suspecti sunt (27). Cum disertis iuris sanctionibus gradus non sit accurate determinatus, ad quem illa praesumpta suspicio sese extendat, prudenti iudicis arbitrio res videtur esse dirimenda, sed attempta doctrina canonica, quae ultra tertium gradum inclusive non solet praesumere nimiam illam affectionem (28). At in causis matrimonialibus de vinculo, consanguinei et affines tanquam testes inhabiles non repelluntur (29), sed nihilominus propter speciales rationes possunt existere suspecti (30).

Coniuges, imo et sponsi, pro se invicem propter magnam affectionem et periculum falsitatis merito habentur suspecti.

Domestici pro domino aut patrefamilias, in quibus timeatur falsitas ob nimiam dependentiam aut mutuam affectionem (31).

Procuratores, advocati aliaeque personae, quae litigatorum adiutores et defensores in causa exstiterunt (32).

(27) Cap. 22. X. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 29. sq.

(28) *Maschat* h. t. n. 7.; *Gross* l. c. II. p. 14. sq.

(29) Can. 1. sq. C. XXXV. q. 6.; cap. 3. X. qui matr. accus. IV. 18.; Instr. Card. Rauscher §§ 155. 156.

(30) Cap. 22. 24. X. h. t.; Instr. Card. Rauscher l. c. et § 157.; *Schulte*, Eheprocess § 51.

(31) Instr. Card. Rauscher § 154. At cum singuli socii alicuius corporationis non sint identici cum ipsa corporatione, ideo non illico tamquam testes inhabiles et in propria causa repelli possunt, sed ad summum possunt esse suspecti, eo quod v. gr. speciale habeant interesse, ut processus felicem exitum habeat.

Quare decisiones datae cap. 5. X. de prob. II. 19. et cap. 6. 12. X. h. t. II. 20. sunt omnino legitimae; imo *Gross* existimat non requiri ad explicationem illarum decisionum provocationem quamdam ad favorem Ecclesiae, sed extendi eas posse ad alias quoque corporationes, eo quod tantum decidatur clericos propter hanc solam rationem, quod sint clerici Ecclesiae quae litem habet, non repellendos esse; at num alia rationabilis causa id impediat l. c. non excluditur. Cfr. *Schmalzgr.* h. t. n. 59. sq., qui pariter rem bene explicat.

Propter hanc autem rationem complices in causa criminali non admittuntur tamquam testes habiles, quia saltem ex parte sunt testes in propria causa. Cfr. L. 16. § 1. D. de quaest. XLVIII. 18.; L. 11. Cod. h. t. IV. 20.; L. 4. Cod. de quaest. IX. 41.; c. 5. C. XV. q. 3.; cap. 1. X. de confess. II. 18.; cap. 10. X. h. t. II. 20. Etenim complex propter inhonestam actionem suam non meretur plenam fidem, et experientia teste complices proni sunt in alios partem culpae devolvere et student socios habere criminis.

(32) Cap. 6. X. h. t.; cap. 3. h. t. II. 10. in Sext. Hinc a fortiori iudex in eadem causa non potest esse simul testis, neque actor vel reus in propria causa.

**611. II. Contra certas personas non admittuntur ut testes: Inimicus contra inimicum capitalem (33).**

Socius contra socium criminis, cum confessus vel convictus propter crimen fiat infamis (34).

Clerici vel religiosi, licet in favorem accusati in causa sanguinis testimonium forma legitima servata dare possint, tamen propter periculum irregularitatis contra accusatum deponere nequeunt.

Laici contra clericos in causis criminalibus, si clerici tanquam testes haberi possint et causa disceptetur in foro ecclesiastico (35).

Maxime vero a testimonio ferendo contra aliquam personam eximuntur illi, quibus res est commissa per secretum et ratione officii. Quare imprimis sacerdos nunquam est testis habilis de iis, quae tantum scit sub sigillo confessionis; item testimonium iure merito refutat de iis, quae ipsi commissa fuerunt extra confessionem ratione sui officii spiritualis (36).

## § 2. DE ATTESTATIONIBUS SIVE DEPOSITIONIBUS TESTIUM.

### I. De productione et receptione testimonii.

**612. Productio testimonii, quatenus distinguitur ab illorum nominatione, est petitio unius ex litigatoribus iudici oblata procedendi ad examen testimonii a se nominatorum (37). Quam-**

Propter eandem rationem ille, qui mediator in negotio fuit, non potest esse testis in eodem negotio, nisi partes consentiant. Cfr. cap. 1. h. t. in Sext.

Tandem iure canonico etiam testimonium illius suspectum est, qui similem quamdam causam pendentem habet, sive pro sive contra testimonium ferat. Cfr. cap. 20. X. h. t. II. 20.

(33) L. 3. D. h. t.; L. 17. Cod. h. t.; cap. 13. 19. X. de accusat. V. 1.

(34) L. 11. Cod. h. t.; cap. 10. X. h. t.; cap. 1. h. t. in Sext., quo accuratius determinatum fuit cap. 10. X. h. t., ubi dicitur socium criminis simoniae non posse testificare contra complicem, et eo sensu hoc explicatur, quod non procedat, si civiliter agatur et emolumentum non sit consecutus. Cfr. *Schmalzgr.* h. t. n. 40.

(35) Cap. 14. X. h. t. simulque cap. 3. 7. 33. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 40. 49. 50. 54. 55.

(36) *Schulte*, Eheprocess I. c.; *Gross* I. c. II. p. 8. sq.; *Schmalzgr.* h. t. n. 74. sq. Cfr. S. C. Ep. et Reg. Sept. 1739. in Anal. iur. pont. XI. 830. de confessorio accusati.

(37) Iudicis ecclesiastici ius est atque obligatio « effrenatam multitudinem testimonii » refrenandi. Cfr. cap. 36. 37. X. h. t.; cap. 2. de V. S. V. 11. in Clem.; *Durantis* I. c. § Restat n. 14.; *Gross* I. c. II. p. 137. 138.; Acta S. Sed. vol. II. p. 406.



vis sponte quis sese ad testimonium offerre possit et certis in casibus debeat (38), ordinarie tamen testis non citatus neque a parte productus tanquam suspectus repellendus est (39).

613. Regulariter testes producendi et recipiendi sunt post litem contestatam intra terminum a iudice constitutum, nisi in casibus a iure expressis, quibus ante litis contestationem productio testium est permissa (40).

Quae productio ordinarie nonnisi ter admittitur, et quarta vice solummodo ex iusta causa servataque solemnitate legali, i. e. dato iuramento a parte producente, quod quartam productionem non petat malitiose, quod testificata non suppresserit, quod priores depositiones non exploraverit (41).

Nihil vero obstat, quominus testes iidem semel producti super iisdem articulis in eodem iudicio reproducantur (42), dummodo ne pars denuo testes eosdem producens novae productioni renuntiarit aut priores depositiones didicerit (43).

614. Tandem forma legitima in productione et receptione testium est servanda. Hinc pars, quae testes producit, exprimat necesse est in scriptura testes et articulos, super quibus sint examinandi. Quam scripturam iudex cum altera parte communicat, ut possit ad ipsum transmittere exceptiones et interrogatoria (44). Tum demum iudex procedere potest ad testium citationem (45), ordinarie adversa quoque parte citata, ut testes videre et iuramentum audire possit (46).

(38) *Lugo*, De iust. et iure disp. 39. n. 1. sq.

(39) *Maschat* h. t. de testib. n. 9.; *Schmalzgr.* h. t. n. 72. sq.

(40) Lib. II. tit. 6. ut lite non contest.; cap. 34. 41. 42. X. tit. de testib.; *Schmalzgr.* h. t. n. 82.

(41) Novell. 90. cap. 4.; cap. 15. 55. X. de testib.

(42) Cap. 42. X. de testib.

(43) Cap. 46. X. de testib. Ergo multo magis iidem testes iterum produci possunt in diversa causa aut super diversis articulis, cum timor fraudis et corruptionis non adsit. Cfr. cap. 42. X. de test.; *Santi* h. t. n. 37.

(44) Iudex vero solas exceptiones transmittit denuo alteri parti, at non interrogatoria, ne ipsa possit *subornare* testes.

(45) Si testes non sint subditi iudicis, citatio et examinatio fieri debent a iudice alterius territorii, litteris remissorialibus transmissis et interrogatorio, v. gr. in causis matrimonialibus, a defensore vinculi compilato. Haec interrogatorii transmissio non aufert iudici requisito facultatem alias interrogationes *ex officio* addendi. Acta autem ad iudicem requirentem a iudice requisito clausa et sub sigillo remittenda sunt. Item in eodem territorio, sed nimis vasto, forte commissario seu delegato receptio testium est deleganda.

(46) Cap. 2. X. h. t.



Citatio vero adversae partis non est necessaria, si periculum sit in mora aut agatur de causa haeresis (47).

Testium productiones, quatenus sine expensis fieri non possunt, faciendae sunt sumptibus partis, in cuius gratiam actus celebratur (48).

## II. De iuramento et examine testium.

615. Depositio testis iudicialis qualiscunque, ut sit valida, debet esse iurata (49).

At mutuo consensu partium huiusmodi iuramentum remitti potest, cum ordinarie in illarum favorem principaliter sit introductum (50). Quae praesumptio ubi cessat, et iuramentum exigitur propter ius tertii aut ius et favorem publicum, privatorum dispositioni pactisque subductum, velut de causis vinculi matrimonialis, beneficialibus, gravioribus causis criminalibus vel contentiosis, remissio iuramenti omnino est interdicta.

Cuius iuramenti ea est vis, ut testis promittat, se totam solamque veritatem esse dicturum et declaret, se non ex amore vel odio vel pretio recepto testimonium ferre, simulque asserat, vera esse, quae in examine deposuit (51).

Denique iuramentum a teste praestandum est ex iure communi ante depositionem (52), non reprobata particulari consuetudine illud post depositionem exigendi, dummodo testes sciverint attestaciones factas postea esse iuramento confirmandas (53); et praestandum est in forma consueta Ecclesiae, salvis particularibus et laudabilibus consuetudinibus (54).

616. Examen testium fiat necesse est a iudice competente,

(47) Cap. 20. de haeret. V. 2. in Sext.

(48) Cap. 11. § 8. de rescript. I. 3. in Sext.; *Lugo* l. c. n. 23. Formaliter pro veritate dicenda non potest testis pretium recipere, cum haec non sit res pretio aestimabilis, sed hoc potest pro labore, itinere, imo etiam pro lucro cessante vel pro damno emergente, v. gr. si operarius propter hoc perdat mercedem ordinariam.

(49) L. 9. 16. 18. Cod. h. t.; cap. 17. 29. 39. 51. X. h. t.

(50) R. I. 66. in Sext.; cap. 39. X. h. t.

(51) Cap. 5. 47. X. h. t.; Instr. S. C. Ep. et Reg. 11. Iun. 1880. art. 18.; *Durantis* l. c. lib. I. part. 4. tit. de teste § 4.; *Gross* l. c. II. p. 22.; *Schmalzgr.* h. t. n. 86. sq.; *Tancred.* l. c. P. III. t. 9. § 1.

(52) Cap. 17. 29. X. h. t.; c. 3. C. IV. q. 3.

(53) *Pirhing* h. t. n. 117.; *Schmalzgr.* h. t. n. 92.

(54) *Gross* l. c. II. p. 21. sq. 157. sq.; *Schulte* l. c. § 53.

vel eius delegato, et notario praesente, qui depositiones accurate conscribat (55).

Porro ipsi testes viva voce, non in scriptis, clare et distincte respondere tenentur ad interrogationes, quarum obiecta, praeter generalia, respiciant ipsam rem controversam attestationibus probandam (56), et responsa ea contineant, quae testes proprio aliquo sensu corporeo perceperunt (57). Quare testimonia de auditu perfecta vi probandi destituuntur, nisi in casibus ex natura rei et propter speciales circumstantias exceptis (58), Ipsum examen testium fiat in ordinario loco iudicii, nisi in casibus a iure exceptis (59), die non feriato, seorsim, et aliis testibus atque partibus non praesentibus (60), imposito quoque secreto ex iuramento servando, ubi opus sit (61).

Postquam examen testium completum est, depositiones factae ipsis praelegendae sunt, ut illas in continenti corrigant aut ratas habeant, et una cum iudice, notario, (defensore matrimonii), subscriptione quoque confirmant (62).

### III. De publicatione attestationum et reprobatione testium.

617. Publicatio attestationum, qua examine finito (63), sive per praelectionem in termino constituto, sive per scriptas co-

(55) Cap. 11. X. de prob. II. 19.; *Santi* h. t. n. 41.

(56) Cap. 29. 37. 53. X. h. t.

(57) Can. 15. 17. C. III. q. 9.; cap. 9. 10. X. de prob. II. 19.: cap. 27. 33. 47. 53. X. h. t. Hinc iudex ecclesiasticus, ut sibi formare possit iudicium, testem examinare etiam debet de scientiae causa sive fonte. At si ex L. 4. Cod. h. t.; c. 3. § 32. C. IV. q. 2.-3.; c. 7. § 3. C. II. q. 1.; *Tancredus* h. t. i. f.; *Schmalzgr.* h. t. n. 102. aliique deduxerunt testimonium sine assignatione causae esse nullum, talem assertionem nimiam esse putat *Gross* l. c. II. p. 25., eamque nullum in fontibus canonicis habere fundamentum; quamvis pro sua assertionem *Gross* rationes non afferat, et in contrarium sit, quod non videtur scire, qui suae scientiae nullam potest assignare causam, ut notat *Pirhing* h. t.

(58) Cap. 5. 33. 47. X. h. t.

(59) Cap. 8. X. h. t.; cap. 2. de iud. II. 1. in Sext.

(60) Secundum praescriptiones antiqui iuris canonici (cfr. cap. 2. 41. X. de testib.) non secus ac ex iure Romano, examinatio testis fieri debuit praesente adversario; at iure consuetudinario, iam inde a Glossatoribus, contrarium obtinet.

(61) Instr. S. Congr. Ep. et Regul. 11. Iun. 1880. art. 17. 18.; *Devoti* l. c. § 18.; *Schulle* l. c. § 53.

(62) Cap. 7. X. de testib. cog.; *Gross* l. c. II. p. 159. sq.; *Schmalzgr.* h. t. n. 93. sq.

(63) Publicatio fieri tantum potest *finito* examine testium et postquam nova productio testium iam amplius locum non habet, aut quia prohibita est a iure, aut quia partes ulteriori productioni renuntiarunt.

pias transmissas, depositiones testium principalibus partibus petentibus (64) a iudice ostendi possunt et debent, licet ad valorem iudicii non requiratur (65), tamen ita est necessaria ex praecepto, ut pars, cuius petitio ad publicandas attestations contempta sit, a sententia lata possit appellare (66). Facta publicatione depositionum ordinarie eodem decreto partibus terminus praefigitur, intra quem suas exceptiones opponant (67),

618. Effectus publicationis attestationum sunt:

I. Testes iam producti vel novi ad vitandum periculum corruptelae, de iisdem articulis (secus dicendum de diversis) non amplius produci possunt, ne in instantia quidem appellationis (68), nisi priores depositiones sint obscurae, aut nullae, aut invalide publicatae, aut sine culpa producentis amissae, aut iudex articulos omiserit (69).

(64) Cap. 2. 15. 30. 41. X. h. t. Sine partium petitione a iudice examen testium non est publicandum, uti constat ex cap. 2. 30. X. h. t.; publicatio enim haec uni aut alteri ex collitigantibus praeiudicium generare potest, ideoque sine eorum petitione fieri non debet. At si nullum oriatur praeiudicium collitigantibus, iudex depositiones testium publicare potest. Cfr. *Santi* h. t. n. 46. Attamen ad instantiam tertii intervenientis in causa attestations receptae inter principales litigantes publicari non debent, etiamsi aliquo modo eius intersit, ne videatur praeiudicium quoddam partibus principaliter litigantibus inferri; at si partes principales iuri suo cedere velint, publicatio fieri potest, ut colligitur ex cap. 30. X. h. t.; *Pirhing* h. t. sect. 5. § 1. Ergo multo minus ad instantiam tertii, qui nullum interesse in universa causa habet, publicatio testium fieri potest.

(65) Quod vero publicatio sit „de iustitia“, non „de substantia“, ut dicitur, inde efficitur, quod iudici ex attestationibus notum fiat factum et quam fidem debeat habere testibus, ut ad sententiam ferendam sufficienter sit instructus.

Utraque pars necessario citanda est ad attestations audiendas (cfr. cap. 2. X. h. t.). Quod si una sit contumax, nihilominus ad testium publicationem procedi potest. *Schmalzgr.* h. t. n. 116.

(66) Cap. 22. X. de sent. et re iudic. II. 27.; Instr. *Card. Rauscher* §§ 164. 226. 230.

(67) Cfr. cit. Instr. § 231.; *Gross* l. c. II. p. 167. sq.; *Schmalzgr.* h. t. n. 131.

(68) Cap. 2. de testib. II. 8. in Clem.

(69) Cap. 17.-19. 25. 26. 29. 31. 35. 36. 38. 42. 46. 48. 50. 53. X. h. t.; cap. 10. X. de fide instr. II. 22.; cap. 15. X. de prob. II. 19. Praeterea notanda est alia exceptio, scilicet testes producti vel novi denuo produci possunt in causis, in quibus ob periculum animae vel corporis res non transit in rem iudicatam, ut in causis matrimonialibus quoad vinculum (cfr. cap. 35. X. h. t.), vel in causis capitalibus ad innocentiam defendendam. *Schulte* l. c. p. 180. recte notat effectum I. et II. non procedere in causis nullitatis matrimonii, quia in his causis ex natura rei quovis tempore probatio admitti debet, et remittit ad cap. 26. X. h. t.

II. Exceptiones contra personas testium post publicatas attestations non amplius admittuntur, nisi praestito iuramento malitiae, aut nisi reus ante publicationem id fuerit protestatus, aut ostendere possit, se obiectionem illam in personam testis post publicationem didicisse (70).

III. Attestationes publicatae in uno iudicio, contra quas ob personas testium nulla facta est exceptio, vim probandi habent etiam in alio iudicio inter easdem personas (71).

619. Exceptiones contra personas testium ordinarie proponendae sunt ante publicationem depositionum (72), salvis tribus limitationibus cap. 31. X. h. t. contentis et numero praecedenti indicatis; at discutiendae et probandae sunt in fine litis, nisi in casibus a iure exceptis, velut si defectus sit notorius (73), aut excommunicatio testis obiciatur (74).

Exceptiones vero contra formam examinis testium vel contra ipsorum dicta dubia, obscura, contraria, proponi deum possunt, etiam ab ipso producente, post publicationem attestationum, cum antea legitima ratione non cognoscantur (75).

#### IV. De vi probandi depositionum testium.

620. Postquam examen testium est peractum et exceptiones forte a partibus fuerunt oblatae, iudicis ecclesiastici est accurate perpendere, quae vis probandi attestationibus (76) factis insit. Quare cum principale atque essentiale requisitum legitimi testimonii sit cognitio veritatis in teste, iudex (77)

(70) Cap. 31. X. de testib.

(71) Cap. 11. 37. i. f. X. h. t.; *Schulte*, Eheprocess § 55.; *Gross* l. c. II. p. 168. sq.; *Schmalzgr.* h. t. n. 118. sq.

(72) Nam si litigantes consentiunt in publicationem attestationum, censentur approbare personas testium.

(73) Cap. 7. X. h. t.

(74) Cap. 3. X. de except. II. 25.; cap. 1. de excep. II. 12. in Sext.; *Gross* l. c. II. p. 170. sq.; *Schmalzgr.* h. t. n. 128. sq.

(75) L. 6. D. h. t.; c. 3. C. IV. q. 3. Nam principium illud: Testis productus probat contra producentem, excludit solummodo exceptiones contra personam, non contra formam examinis vel dicta, sicut qui consentit in personam iudicis incompetentis nihilominus appellare poterit contra iniustam illius sententiam. Cfr. *Schmalzgr.* h. t. n. 140.

(76) Depositiones testium eandem vim habent ac instrumentorum fides (cfr. L. 15. Cod. h. t.; cap. 10. X. de fide instr.); imo aliquando maiorem vim habent vivae depositiones, quam scripta testimonia. Cfr. cit. cap. 10. de fide instr.

(77) Iudicis est arbitrari de personis et dictis attestationum. Cfr. L. 3. pr. et § 1. sq., L. 21. § ult. D. h. t.



sedulo inquirat, utrum testis de propria scientia, an de credulitate tantum, vel de auditu, vel de fama, deponat (78).

Maxime vero attendat necesse est ad alterum requisitum essentiale legitimi testimonii, utrum constet de veracitate testis necne. Etenim soli testes habiles, immunes a suspicione, "circumspecti et omni exceptione maiores" (79), plene probant in iudicio (80).

621. Ordinarie ad plenam fidem faciendam in iudicio requiruntur et sufficiunt duo testes idonei et omni exceptione maiores (81).

Quodsi interdum plures requiruntur quam duo, huiusmodi statuta: aut referuntur ad actus extraiudiciales, de quibus hoc loco non agitur; aut ad testes de auditu vel credulitate, velut in testibus septimae manus ad comprobandum matrimonium ratum vel ad purgationem canonicam; aut in sese sufficienti vi iuridica carent nec praxi sunt recepta, v. g. quae sancita fuerunt de enormi numero testium contra Cardinales vel Episcopos vel presbyteros aliosque clericos (82). At si Ecclesia saltem duos testes classicos requirit, ut ordinarie iudici plena fides fiat, principium adoptavit ipsa aequitate naturali commendatum, a quo passim et universaliter nonnisi magna cum temeritate recedi potest (83).

Nihilominus huic principio non adeo insistit, ut nullo unquam in casu depositio unius testis ad fidem faciendam sufficiat, praesertim si aliis adminiculis adiuvetur (84). Hinc v. g. in crimine sollicitationis cum testibus singularibus procedi potest (85).

(78) *Santi* h. t. n. 28. sq.; *Zallinger* h. t. § 257. sq.; *Schulle*, Eheprocess § 52. 53.

(79) Cap. 1. X. de consang. IV. 14.

(80) Si neque pars neque defensor aliquid proponat contra testem, neque iudici aliquid notum contra ipsum sit, id sufficit in causis matrimonialibus, in quibus non est quaestio de vinculo (cfr. Instr. Card. *Rauscher* § 223.); at in causis vinculi iudex debet habere positivam persuasionem testem esse idoneum. Cfr. Instr. cit. §§ 152. 165.

(81) Cfr. cap. 4. 5. 10. 22. 23. 28. 47. X. h. t. Testem, quem quis pro se producit, debet admittere etiam contra se, neque potest proponere exceptiones contra illius personam, nisi nova supervenerint. At contra ipsius attestationem exceptiones proponere potest.

(82) *Schmalzgr.* h. t. n. 68. sq.; *Kober*, D. Deposit. u. Degr. p. 539. sq.

(83) *Schmalzgr.* h. t. n. 69.; *Gross* l. c. II. p. 292.; *Bucceroni*, Instit. theol. mor. t. II. n. 70.

(84) *Schmalzgr.* h. t. n. 70.

(85) Cfr. Bened. XIV. Const. "Sacramentum poenitentiae" 1. Iun. 1741.; Instruct. S. C. Inquisit. 20. Febr. 1867. apud *Sentis*, Decretal. Clem. PP. VIII. p. 42. sq.



## § 3. DE OBLIGATIONE ATQUE COACTIONE TESTIUM.

622. Cum ordinata et tuta iustitiae administratio in causis contentiosis vel criminalibus sine depositionibus testium saepissime impediretur, nemo in foro ecclesiastico, sive clericus (86) sive laicus, si legitime citatur a iudice suo nec iustitiam habet excusationis causam a iure approbatam, muneri publico testis sese ulla ratione subducere potest (87).

(86) Clericus ex sanctionibus iuris communis ad testimonium ferendum a iudice saeculari citari et cogi nequit, salvo iuris specialis dispositionibus, v. g. in concordatis. Quare si clerici cuiusdam testimonium in foro saeculari sit necessarium, ex iure communi iudex saecularis roget necesse est Episcopum, ut ipse in suo foro clericum examinet atque acta ad forum saeculare transmittat, aut clerico concedat licentiam, forma legitima servata, testimonium directe ferendi in foro saeculari. Cfr. *Schmalzgr.* l. c. n. 11.

(87) Cap. 1. 2. 4. 8. X. de testib. cog.; *Lugo*, De iust. et iure disp. 39. n. 1. sq.; *Schmalzgr.* tit. de testib. cog. n. 1. 14. Recte *Maschat* l. c. II. 21. n. 1. hanc affert rationem: "Nam hoc exigit *bonum reipublicae*, ne veritas occultetur, et *lex caritatis* ac *iustitiae*, ne defectu probationum *ius suum* parti pereat".

Sane testis non tenetur *ex iustitia se offerre* ad testificandum, et consequenter ex omissione testimonii non tenetur ad restitutionem. Tenetur autem *sponte* se offerre, quando eius testimonium est *necessarium* ad impediendum grave damnum reipublicae vel tertii, quod aliter vitari non potest; idque ex communi obligatione *caritatis*, quae singulos obstringit ad vitandum grave damnum alterius, si possunt sine *proprio* gravi incommodo. Hinc quia nemo a lege caritatis eximitur, ii quoque testimonium ferre tenentur, qui alias eximuntur, ut Episcopi vel clerici.

Pro punitione iusta delinquentis nemo tenetur se sponte offerre ad ferendum testimonium, quia ex eo quod quis non puniatur, non tantum damnum infertur proximo vel reipublicae.

Talis obligatio gravis non restringitur ad solum casum *extremae* necessitatis, sed etiam extra *extremam* necessitatem dari potest.

Testis *citatus* a iudice sane tenetur ex *obedientia* et religione dicere veritatem, et certo peccat contra iustitiam si dicat falsum; sed num ex iustitia quoque debeat dicere verum non conveniunt doctores.

Profecto si omnino non venit ad testificandum, opponens impedimentum legitimae citationi, quod falsum sit, peccat contra obedientiam, at non contra iustitiam, quia *officium* testis non suscepit neque exercuit. At si *suscipit* et *exercet* officium testis, sicut iudex ex officio et ex quasi contractu tenetur proferre sententiam, quia secus violaret *iustitiam*, ita testis, si *accedit*, etiam *ex quasi contractu* et *ex iustitia* videtur obligari ad dicendam veritatem. Ita videntur posse conciliari sententiae. Nam sicuti *tutori* a lege de facto non imponitur obligatio ex iustitia ad acceptandum officium (imo ut *Lugo* l. c. n. 6. 8. putat, ne imponi quidem potest quoad hos actus personales praestandos), ita etiam testi non imponitur obligatio acceptandi officium ex iustitia commutativa, sed tantum ex obedientia.

At parentes contra liberos vel liberi contra parentes (88), uxor contra maritum et vicissim, affines et cognati inter se similesque personae privilegiatae, ad testimonium dicendum non sunt obligatae neque compulsioni obnoxiae, nisi in casibus a iure exceptis (89).

623. Quae obligatio ferendi testimonium, ob publicam necessitatem et utilitatem statuta, licet imprimis admonitione urgenda sit (90), imo nostra aetate saepe alia ratione urgeri non possit (91), tamen ut a contumacibus impleatur, in rigore iuris, poenis quoque statutis et inflictis, per iudicem ecclesiasticum decerni potest (92).

Cum pactum et iuramentum, quo quis alteri sese promissione obstrinxit, "ut non deponeret contra ipsum", omnino nullum et irritum existat, neque obligationi neque coactioni ad testimonium in iudicio ferendum ullo modo praeiudicat (93).

Denique non obstante cap. 7. 10. X. de testib. cog., saltem ex disciplina nunc vigenti, coactio testium ad ferendum testimonium, non solum in causis contentiosis, sed etiam in criminalibus, iudici ecclesiastico est permessa, quotiescumque recta iustitiae administratio id exigit (94).

Verum quemadmodum tutor postquam officium accepit et exercuit, tenetur ex iustitia et quasi contractu, ita etiam testis post acceptatum munus ex quasi contractu tenetur munus publicum exercere. Cfr. *Lugo* l. c. n. 30.

(88) L. 6. Cod. de testib. IV. 20.; c. 3. C. IV. q. 2. et 3.; Gregor. XVI., Regol. giud. § 626.

(89) Cfr. c. 2. C. XIV. q. 2.; cap. 5. 11. X. de testib. cog.

(90) Cap. 1. 3. 11. X. de testib. cog.; cap. 7. X. de testib. et attest.

(91) Instr. S. Congr. Epis. et Reg. 11. Iun. 1880. art. 20.; *Droste* l. c. p. 65., Instr. Prag. a. 1869. § 38.

(92) Can. 80. C. XI. q. 3. cap. 1. 2. 4. 5. 9. 10. 11. X. de testib. cog. Sane *Schmalzgr.* l. c. n. 19. tenet *certum* (?) esse clericum incurrere irregularitatem, si testis sit in causa sanguinis contra reum, eo quod *cogi* clericus ad deponendum non possit. At nostra aetate clerici *coguntur* a iudice saeculari; ergo sicuti per militiam *coactam* non fiunt irregulares, ita nec *tali* testimonio.

Laici excommunicari possunt (cap. 1. 5. 9. 10. 11. X. II. 21.); clerici primo sunt suspendendi etiam a *beneficio*, et si hoc nihil proficiat, clerici quoque *excommunicari* possunt imo et *deponi*. Cfr. cap. 2. II. 21. Quae poenae iure merito contra contumaces statuuntur, quia hi "eludunt auctoritatem iudicis". Cfr. cap. 4. II. 21.; c. 80. C. XI. q. 3.

(93) Cap. 18. 37. 45. X. de testib. II. 20.; cap. 4. 11. X. de testib. cog. II. 21.; *Gonzalez-Tellez* in hoc cap. 11. X. not. d); *Schulte*, Eheprocess § 54.

(94) *Gonzalez Tellez* l. c. n. 7. 8. 9.; *Molitor*, Ueber kan. Gerichtsverfahren geg. Kleriker 160.; *Droste* l. c. p. 65.; *Gross* l. c. II. p. 27.; cap. 4. 9. X. de

At licet personae ad testimonium dicendum obligatae cogi quoque possint, inde non sequitur, quod iudex ecclesiasticus personas quasdam privilegiatas, velut maiores 70 annis, infirmos, moniales, cogere quoque valeat ad depositiones faciendas in loco iudicii (95). Quare vel ipse iudex, vel commissarius legitime deputatus, testimonium in domo illarum personarum recipiat necesse est, aut si testes sint personae egregiae, v. g. Cardinales, suas depositiones scriptis consignant et clausas ad locum mittunt (96).

**624. Scholion.** Non raro etiam in causis ecclesiasticis, v. g. in causis matrimonialibus, vocantur homines artis periti, ut propter singularem, qua pollent, rei cognitionem, testimonium ferant de facto quodam dubio et controverso. Quare huiusmodi homines in arte periti in foro ecclesiastico habent rationem testium, neque assumuntur ut in tribunalibus commercii tanquam assessores verique iudices; ideoque, quae de testibus statuta sunt in genere, etiam ad hanc singularem testium speciem sunt applicanda, habita ratione legum specialium de hominibus artis peritis (97).

## TITULUS XXXV.

### DE INSTRUMENTIS (1).

(*Lib. II. tit. 22. de fide instr.*).

**625. Fontes:** Dig. XXII. 4. de fide instr. et adm. eor.; Cod. IV. 21. de fide instr., 22. plus valere; Nov. 44. et 77. (2) — c. 33. C. XII. q. 2. — Cpl. I. lib. II. tit. 15. de fide instrumentorum; Cpl. II. lib. II. tit. 14. eod.; Cpl. III. lib. II. tit. 13. de fide instr.; Cpl. IV. lib. II. tit. 8. de fid. instr.; Cpl. V. lib. II.

testib. cog. Quodsi laicus cogatur a iudice saeculari in causa sanguinis testimonium dicere, irregularitem non incurrit. Cfr. *Gonzalez* l. c. n. 10.; cap. 19. § 1. de homicid. V. 12.; *Schmalzgr.* l. c. n. 19. 20.

(95) Cap. 2. de iud. II. 1. in Sext.

(96) Cfr. *Schmalzgr.* l. c. n. 9.

(97) Cap. 4. 14. X. de prob. II. 19.; cap. 3. 6. 7. X. de frigid. IV. 15.; Instr. S. C. C. 22. Aug. 1840.; Instr. *Card. Rauscher* §§ 166. 227. 228.; Gregor. XVI., *Regolam. giud.* § 686. sq. Della prova per mezzo dei periti; *Gross* l. c. II. p. 29. sq. 183. sq. 304. sq.; *Schulte*, *Eheprocess* § 56.

(1) In Decretalibus titulus iste effertur: De fide instrumentorum, verum in titulo non de sola instrumentorum fide, sed etiam de eorum productione seu editione agitur; quare latius patet nigrum quam rubrum.

(2) Gregor. XVI., *Regolam. giudiz.* § 614. sq. Delle prove per iscritto; § 802. sq.; Cod. civil. Gall. art. 1317.; Cod. civil. Ital. art. 1313. sq.

tit. 14. eod. — Decretal. Gregor. IX. lib. II. tit. 22. eod. — Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 1. 2. de ref. matr.

**Scriptores :** Comm. iur. Rom. in cit. tit.; *Vering*, Gesch. u. Pand. § 127.; *Arndts-Serafini* l. c. §§ 64. 115. 346.; *Van Wetter* l. c. § 132.; *Renaud* l. c. § 114. sq. — Comment. iur. Decretal. in h. t. — *Zech* l. c. tit. 27. de fide instr.; *Devoti*, Inst. can. lib. III. t. 9. § 20. sq. — *Tancred.* l. c. P. III. tit. 13. de exhibitione instrum. et fide ipsor.; *Durantis* l. c. lib. II. partic. 2. tit. de instrum. editione; *Bouix*, De iud. eccl. I. p. 320. sq.; *Gross* l. c. I. p. 106. sq. II. p. 39. sq. 192. sq. 308. sq.; *Muenchen* l. c. I. p. 160. sq.; *Schulte*, Eheprocess § 50.; *Droste* l. c. p. 68. sq. — *Ponsius* l. c. p. 116.; *Lega* l. c. I. 507. sq.

### Praenotiones.

**626. Connexio materiae.** Media probandi praeter personas, velut testes artisque peritos, sunt res, inter quas eminent instrumenta sive documenta (3). Imo a veteribus canonistis probatio per instrumenta dicitur probatio probata, evidens, manifesta.

**627. Definitio.** Instrumenta, licet sensu latissimo ea omnia comprehendant, " quibus causa instrui potest, et ideo tam testimonia quam personae instrumentorum loco „ habeantur (4), tamen sensu stricto intelliguntur praesertim scripturae, ex quibus factum comprobari potest (5).

**628. Divisio.** Instrumentum dividitur:

I. In *publicum* et *privatum* (6). *Publicum* est scriptura a persona publica (manu publica), ratione videlicet sui officii publici, v. g. a notario vel a iudice, cum debitis iuris solemnitatibus confecta (7). *Privatum* est scriptura a persona privata

(3) *Vering* l. c. § 125.

(4) L. 1. D. h. t.; cap. 4. X. de testib. cog. II. 21.; *Gross* l. c. II. p. 39. sq.

(5) *Maschat* h. t. n. 1. definit instrumentum: " Instrumentum est scriptura ad probationem alicuius rei confecta "; sed illa intentio, ut sit confecta ad probationem alicuius rei, non requiritur in scribente, sed sufficit ut ipsa scriptura ad hoc ex sui natura sit apta.

(6) Instrumenta publica a notariis conscripta interdum etiam subdistinguntur in *protocolla* et in *transumpta*. Protocollum (quod nomen derivatur a signo quodam in capite chartae appposito, cfr. Novell. 44. cap. 2.; *Wetzell* l. c. § 36. not. 78. a., ideoque = charta sigillata, carta bollata) significat primam scripturam, quae breviter summam rei gestae continet, transumptum vero est scriptura plena de tota re gesta. Instrumentis privatis adnumerantur epistolae missivae, apochae, antapochae, chirographa, syngrapha, libri mercatorum, camporum. — At non raro transumptum etiam idem significat ac copia, exemplar, et opponitur originali. Cfr. *Zaltinger* h. t. § 266.

(7) Cap. 7. 11. X. de prob. II. 19. — *Schmalzgr.* h. t. n. 3. videtur omnino tenere instrumentum publicum essentialiter requirere, ut sit con-



(manu privata) (8), aut a persona publica, sed non ratione officii publici, vel non servatis iurissolemnitatibus confecta (9).

II. In *originalia*, quae interdum etiam vocantur authentica; et in *exemplaria*, sive *copias*, quae, si eis accesserit testimonium personae publicae (10) de conformitate cum originali, dicuntur copiae *vidimatae* (11).

### § 1. DE FIDE INSTRUMENTORUM.

629. Instrumenta, ut vim probandi habeant et fidem faciant in iudicio, imprimis debent esse authentica (12), non spuria (*veritas instrumenti*), integra, non falsificata (*bonitas instrumenti*) (13); valida et forma legitima, clare distincteque conscripta (14).

scriptum a notario, imo h. t. n. 36. acta publica iudicialia adnumerat privatis. *Zallinger*, licet h. t. § 267. idem videatur asserere, tamen § 272. non ad sola instrumenta notarilia restringit instrumenta publica. Quare omnia instrumenta a notario confecta erunt publica, at non vicissim omnia instrumenta publica debent esse notarilia. Cfr. *Durantis* l. c. lib. II. partic. 2. h. t. § Nunc dicendum n. 2., ubi praeter instrumenta notarilia alia quoque publicis adnumerat, v. gr. acta iudicialia, instrumenta subscripta a tribus testibus, instrumentum productum ex publico archivo.

At confer *Gross* II. p. 45., qui negat documentis publicis posse aequiparari ea, quae conservantur in archivis publicis, aut antiquata, et putat cap. 13. II. 19. hac in re nihil enuntiari. Idem auctor de eadem materia agens II. 54. negat ex c. 1. C. XXX. q. 1., cap. 28. X. de test. II. 20., cap. 2. X. h. t. II. 22., cap. 13. X. de praescr. II. 26. aliquid probari pro assertionem veterum canonistarum.

(8) Documenta quasi publica dicuntur illa, quae trium testium optima opinionis subscriptione firmata sunt. Cfr. L. 11. cum Auth. Si quis, Cod. qui potiores VIII. 18.; *Zallinger* h. t. § 271.; *Vering* l. c. § 127.; *Tancred.* l. c. P. III. tit. 13. § 2.; *Durantis* l. c. lib. II. partic. 2. tit. de instrum. edit. §. Nunc dicendum n. 2.; *Devoti*, l. c. § 22.; *Gross* l. c. II. p. 54.

(9) *Zallinger* h. t. § 267. sq.

(10) Cfr. quae supra p. 172. sq. de notariis disputata sunt, et *Schmalzgr.* h. t. n. 2. sq.; *Bouix*, De iud. eccl. I. p. 477. sq.; *Wetzell* l. c. § 24. p. 232. sq.; *Renaud* l. c. § 118. p. 334. sq.

(11) Cap. 16. X. h. t.

(12) Qui producit instrumentum in iudicio plane integrum neque propter formam extrinsecam iam suspectum, licet illius « bonitatem » speciali ratione probare non debeat (cfr. cap. 3. 6. X. h. t.), tamen ordinarie ad probandam authenticam tenetur, saltem si agatur de instrumento quodam privato. Quae probatio authenticae fieri potest per testes, per litterarum comparisonem ab artis peritis factam, per confessionem extraiudicialem rite demonstratam, per recognitionem expressam vel tacitam in iudicio, etc. Cfr. cap. 2. X. de probat. II. 19.; *Schulle*, Eheprocess § 50.; *Gross* l. c. II. p. 45. sq.

(13) Cap. 3. 4. 6. 11. X. h. t.; cap. 7. X. de relig. dom. III. 36.

(14) Cap. 2. X. h. t.; cap. 5. 11. X. de prob.; *Gross* l. c. II. p. 43. sq. 60.



**630.** Instrumenta publica plenam fidem faciunt in iudicio (15); etenim pro illis stat praesumptio ex officio publico, etiam cum iuramento suscepto, atque ex solemnitatibus observatis, nisi per testes iuratos probetur, quod res per errorem vel fraudem aliter scriptae quam gestae fuerint (16).

Quare plenam fidem faciunt in iudicio ecclesiastico instrumenta a publico notario legitime conscripta, acta et decreta iudicialia, libri publicorum officialium, in his quae spectant ad ipsorum officium (17).

**631.** Privata instrumenta, si recognita sunt et de auctore constat, probant contra scribentem (18); non autem pro scribente vel eius haeredibus sola sufficiunt ad plenam probationem (19), nisi aliis quoque adminiculis adiuventur (20).

Praeterea plene probant, si a duobus testibus idoneis sint subscripta, et isti subscriptionem suam recognoscant (21),

(15) Cfr. *Gross* II. p. 52. de vi probandi instrumentorum in causis criminalibus. In his non raro ipsum instrumentum est corpus delicti, v. gr. libellus famosus, qui ex se solus non sufficit ad condemnationem. Cfr. etiam *Zachariae* II. 448.

Cfr. de axiomatico veterum, quod delicta non probantur per instrumenta: *Gross* I. c.; *Durantis* I. c. lib. III. partic. I. de accus. § 1. n. 28.

(16) Novell. 73. cap. 3.; cap. 10. 15. 16. X. h. t.; cap. 13. de praescript. X. II. 26.; cap. 7. 11. X. de prob.; cap. 2. de off. ordin. I. 16. in Sext. Si in iudicio producitur instrumentum plane integrum, praesumptio est quod non fuerit falsificatum, neque producenti incumbit onus probandi, non esse falsificatum; at si non sit integrum aut propter lacunas vel ob rasuram sit suspectum, producenti onus probandi incumbit illud non fuisse falsificatum. Cfr. cap. 3. 6. X. h. t. II. 22.; *Renaud* I. c. p. 318.; *Wetzel* I. c. p. 236.

*Renaud* § 115. impugnat sententiam illam, quod pro instrumentis publicis stet praesumptio authenticitatis, ideoque in his non procedere principium, quod producenti incumbat onus eam probandi. At *Gross* II. p. 45. recte hanc sententiam *Renaud* impugnat, si instrumentum ex ipsa oculari inspectione iudicis habet omnia requisita externa a iure requisita et iudici probe nota. Quod si *Gross* I. c. negat talem praesumptionem posse extendi ad instrumenta ex archivis desumpta et ad alios casus, non videtur uti argumentis peremptoriis. Cfr. etiam Act. S. Sed. vol. XVII. p. 380. de vi probandi librorum parochialium.

(17) Conc. Trident. sess. XXIV. cap. 1. 2. de reform. matr.; *Gross* I. c. II. p. 53.; *Renaud* I. c. § 119. Parochus ad hoc specialiter electus est a Tridentino sess. XXIV. cap. 1. de ref. matr. et sustinet vicem notarii publici.

(18) L. 25. § 4. D. de prob. XXII. 3.

(19) L. 7. Cod. cod. IV. 19. Nam nemo testis in propria causa; iamvero huiusmodi scriptura aequiparatur confessioni extraiudiciali non iuratae, cui plena fides non habetur, nisi alia adminicula accedant.

(20) L. 5. ibid.

(21) Cap. 2. X. h. t. Si vero duo isti testes mortui sint, mors illorum

aut si expressam contineant causam debiti recognitam a scribente; si autem neget se ea scripsisse, instrumentum non plene probat, donec probetur per testes vel alio modo, eius esse scripturam vel ita negotium gestum esse (22).

632. Quae regulae valent de instrumentis originalibus atque authenticis; etenim copiae vel transumpta a privato facta ordinarie nihil probant (23).

Quodsi huiusmodi copia *vidimata* sit a persona publica, illud constat, quod sit conformis originali; at inde non efficitur, ut eandem habeat vim probandi ac ipsum originale instrumentum, nisi ab eodem magistratu publico, qui instrumentum conscripsit, etiam vidimatio copiae facta sit (24).

## § 2. DE PRODUCTIONE, EDITIONE, IMPUGNATIONE INSTRUMENTORUM

633. Produci dicuntur instrumenta, cum in iudicio ad probandam intentionem propriam, a litigatore exhibentur (25).

perimit vigorem scripturae privatae, qua re scriptura privata differt ab instrumento publico, quod morte notarii non perimitur. Cfr. cit. cap. 2. X. h. t.

(22) Cap. 14. X. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 36. sq. n. 55. sq. Quare quicumque documentum sive a se sive ab alio compilatum subscribit, ex iuris Romani et canonici sanctionibus, sive hoc per se sive per alium faciat (cfr. reg. iur. 72. in Sext.), totam rem contentam tempore subscriptionis videtur ratam habere. Cfr. L. 17. Cod. h. t. IV. 21.; cap. 6. X. de reb. eccl. alien. III. 13.; *Mascardus* l. c. vol. I. concl. 113. n. 16. 17. vol. IV. concl. 1348. 1359. n. 8.; *Gross* l. c. II. p. 47. 56. sq.; *Renaud* l. c. § 119. sq. Si quis producit instrumentum seu scripturam privatam et oritur suspicio, producenti incumbit onus probandi eius authenticam. Cfr. *Schulte*, Eheprocess p. 163. Si autem producit instrumentum publicum, pro eius authenticia stat praesumptio, ut dictum est, et proinde neganti incumbit onus probandi suam negationem. Instrumentum vero publicum, cuius authenticia sit extra dubium, probat pro omni parte et contra omnem partem.

Probatio autem haec authenticiae vel contra authenticam fieri potest omnibus mediis probatoriis, excepto iuramento (cfr. cap. 2. X. de prob.); nam fides instrumenti publici nititur iuramento magistratus seu publici officialis, et consequenter oriretur collisio cum altero iuramento; praeterea iste modus probandi in casu excluditur cit. cap. 2.

Gratiae vel privilegia Sedis Apostolicae non prius suum robur obtinent quam cum debitis solemnitatibus in scripturam sint redacta.

(23) Cap. 1. X. h. t.; L. 2. D. h. t.; L. 7. Cod. de edendo II. 1.

(24) *Maschal* h. t. n. 6.; *Schulte*, Eheprocess § 50. p. 160.; *Gross* l. c. II. p. 61. sq. 222. sq. Cfr. quoque cap. 4. X. de conf. util. II. 30.; cap. 16. X. h. t. et *Gonzalez Tellez* in h. cap. 16.; *Durantis* l. c. § Ostenso (= scriptura aliena, qualiter exmpletur seu reficiatur »); *Renaud* l. c. § 123.

(25) Quomodo procedendum sit, si litigator fundet intentionem suam

Quae productio instrumentorum, cum pertineat ad probationem, facienda est ordinarie in termino probatorio post litem contestatam usque ad conclusionem in causa, nisi ex iusta causa anteq̃ illud tempus vel postea fiat (26).

Ordinarie semel tantum instrumenta producenda sunt, nisi ex iusta causa repetatur productio, v. g. ad ostendendam falsitatem probationis; quo in casu iuramento opus est (27). Quodsi instrumentum plura habet capitula, licet totum produci coram iudice et parte adversa debeat, tamen transcriptum solummodo illius capituli est tradendum, de quo existit controversia (28).

634. Si de edendis instrumentis agitur, illud potissimum (29) quaeritur, utrum unus litigator alterum possit obligare atque adeo cogere, ut secum communicet instrumenta, quae causae suae inserviunt.

Et sane reus, ne videatur cogi ad instruendum adversarium contra se militantem, ad edenda instrumenta adversario

in scriptura amissa, exponunt *Tancred.* l. c. P. III. tit. 13. § 6. i. f.; *Schmalzgr.* h. t. n. 89. sq.; *Gross* l. c. II. p. 195. sq.; *Schulte* l. c. § 50. i. f.; *Renaud* l. c. § 124.

(26) Cap. 9. X. h. t.; *Schulte*, Ehepr. § 31.; *Schmalzgr.* h. t. n. 81. sq.; *Tancred.* l. c. P. III. tit. 13. § 3. sq. Et sane *Schulte* l. c. § 31. p. 116. recte notat, si probatio constet documentis, opportunum esse ipsi libello actionis statim probationes inserere. Quo in casu reus statim in prima responsione, qua generatim actioni respondet, etiam de authenticia illorum documentorum responsum dare debet, licet iure suo exigat, ut in termino productionis exhibeantur originalia.

Postquam conclusum est in causa, possunt produci:

1<sup>o</sup> Si qui ea producit integrae sit famae et sub iuramento asserat, tum demum fuisse inventa. Cfr. cap. 4. de except. X. II. 25.

2<sup>o</sup> In causis, quarum sententia non transit in rem iudicatam, velut in causis matrimonialibus vinculi vel in causis criminalibus ad probandam innocentiam.

3<sup>o</sup> Si partes in conclusione causae sibi reservarunt ius nova proponendi.

4<sup>o</sup> Si instrumenta proprie nova non sunt, sed appendices et declarationes documentorum iam exhibitorum.

5<sup>o</sup> Si ipse iudex nova instrumenta reperiat; iudici enim numquam in causa conclusum est.

(27) L. 6. § 10. Dig. de edend. II. 13.; L. 21. Cod. h. t.

(28) Cap. 5. X. h. t.; cap. 7. de privil. V. 7. in Sext.; *Maschat* h. t. n. 12. sq.; *Gross* l. c. II. p. 192. sq. 207.

(29) « Potissimum »; nam exhibitio instrumenti poterit forte exigi a tertia quadam persona, in cuius dominio privato vel possessione documentum existit; praeterea forte documentum existit penes magistratum quemdam publicum, a quo « ex officio » documentum requiri potest. Cfr. *Gross* l. c. II. p. 197. sq.; *Schulte* l. c. § 50.

suo cogi non potest (30), nisi in casibus a iure exceptis vel in regula generali non comprehensis (31).

Actori vero, qui censetur paratus accedere ad causam agendam, et cui iura minus favent quam reo, ius illud poscendi editionem instrumentorum, saltem ordinarie, est negandum (32).

Quodsi instrumentum quoddam est in proprietate vel possessione tertiae personae privatae, haec non raro adigi poterit ad editionem instrumentorum; instrumenta vero, quae sunt penes magistratus publicos, per requisitionem iudicis ex officio factam poterunt obtineri (33).

**635. Instrumenta impugnari possunt:**

I. Propter defectum authenticitatis, si non scripta sunt ab eo, cui tanquam auctori tribuuntur, v. g. a notario, qui notarius omnino non existit (34).

II. Propter defectum integritatis, si rasuris, immutationibus, additionibus, textus originalis sit corruptus (35).

III. Propter defectum valoris ob formam et solemnitates iuris non servatas etiam in procedura canonica.

IV. Propter falsitatem in instrumento contentam atque evidentes contrarietates (36).

Quae impugnatio instrumentorum potissimum fieri potest per testes (37).

(30) Cap. 1. X. de prob. II. 19.; cap. 5. X. h. t. Ex cap. 5. etiam illud patet quod non possit postulari editio instrumentorum, quae ad causam non spectant vel non sunt relevantia.

Quare si quis postulat editionem instrumentorum:

1<sup>o</sup> debet accurate describere, quale instrumentum sibi edi velit;

2<sup>o</sup> tenetur probare, se interesse habere ut instrumentum illud sibi tradatur; quae probatio fieri quoque potest per iuramentum calumniae sive malitiae.

(31) Cap. 12. X. h. t.; *Gross* l. c. II. p. 197. sq.; *Schulle*, Eheprocess § 50. V.

(32) *Schmalzgr.* h. t. n. 82.

(33) *Renaud* l. c. § 125.

(34) *Schmalzgr.* h. t. n. 95. sq.

(35) Cap. 6. X. h. t.; cap. 5. X. de crim. fals. V. 20.

(36) Cap. 13. X. h. t.

(37) Cap. 5. X. de prob. II. 19.; *Schmalzgr.* h. t. n. 104. sq.; *Gross* l. c. II. p. 208. sq. Scripturae sibi contrariae ab eodem productae nihil probant, ut aperte deciditur in cap. 13. X. h. t. Nam qui testes producit tantum approbat eorum personas, nec omnia illorum dicta praevidere potest; quare in contrarietate testium praeferendae sunt meliores depositiones. At scripturas unusquisque ante productionem legere potest, ergo propria sua confessione sibi videtur contradicere. Cfr. *Schmalzgr.* h. t. n. 97.



## TITULUS XXXVI.

## DE IUREIURANDO.

(Lib. II. tit. 24. de iureiur.).

**636. Fontes:** Dig. XII. 2. de iureiur. sive voluntar. sive necessar. sive iudiciali, 3. de in litem iurando; Cod. IV. 1. de reb. creditis et iureiur. V. 53. de in lit. iur. (1). — C. XXII. q. 1. — Cpl. I. lib. II. tit. 17. de iurei.; Cpl. II. lib. II. tit. 16. eod.; Cpl. III. lib. II. tit. 15. eod.; Cpl. IV. lib. II. tit. 9. eod.; Cpl. V. lib. II. tit. 15. eod. — Decretal. Gregor. IX. lib. II. tit. 24. eod.; Decretal. Bonif. VIII. lib. II. tit. 11. eod.; Const. Clem. V. lib. II. tit. 9. eod. — Gregor. XIII. Const. « *Inter apostolicas* » 5. Sept. 1584. Cfr. *Sentis*, Decret. Clem. PP. VIII. p. 53. sq.

**Scriptores:** Comment. iur. Rom. in cit. tit.; *Arndts-Serafini* l. c. §§ 115. 93. 240. 269. 448. 452.; *Vering*, Gesch. u. Pand. § 129.; *Van Wetter* l. c. § 135.; *Renaud* l. c. § 127. sq.; *Welzell* l. c. § 25. — Comment. iur. Decretal. in h. t.; *Zech* l. c. tit. 28. de iureiur. princip. general., tit. 29. de iuramen. variis in specie; *Devoti*, Inst. canon. lib. III. tit. 9. § 23. sq. — *Durantis* l. c. lib. II. partic. 2. tit. de iuramenti delatione; *Muenchen* l. c. I. p. 171. sq.; *Gross* l. c. I. p. 106. sq.; II. p. 63. sq.; 228. sq.; *Bouix* l. c. I. p. 332. sq. — *Suarez*, De virt. et statu rel. tract. 5. de iuramen. — *Ponsius* l. c. p. 118.; *Goepfert*, Der Eid. Mainz, 1883.; *Lega* l. c. I. 454. sq.

## Praenotiones.

**637. Connexio materiae.** Ut per probationes fides fiat iudici, non solum constare debet de veritate cognita, verum etiam de sincera voluntate veritatem cognitam manifestandi; atque de ista seria voluntate, tum in partibus, tum in testibus et peritis, et in negotiis legitimis in instrumenta redactis, maxime constat ex iuramento, quo vis et auctoritas simplicis assertionis vel promissionis mirum in modum augetur. Quare iuramentum adhiberi potest tum ut medium subsidiarium probationis, quod aliam probationem corroborat, tum ut proprium et independens instrumentum probationis (2).

(1) Gregor. XVI., Regolam. giudiz. § 778. sq.; Cod. proced. civ. Ital. art. 220. sq.; Cod. proced. civ. Germ. § 410. sq.; Cod. civ. Gall. art. 1357. sq.

(2) Quare iuramentum duplici modo inservit:

1<sup>o</sup> tamquam corroboratio aliarum probationum, v. gr. in testibus, peritis;

2<sup>o</sup> tamquam proprium probationis medium, ne partes cogantur semper adsciscere testes et documenta et ut ius tueri possint, si forte testes et documenta desint, aut quatenus facta interna sint demonstranda; quare iuramentum introductum est tamquam *Τελευταία τοῦ πράγματος κατάφωγή* (Nov. 71. cap. 4.) et etiam in processu moderno retentum est.



**638. Definitio.** Iuramentum est invocatio Dei (3) in testem assertionis vel promissionis (4).

**639. Divisio.** Iuramentum dividitur:

I. In *assertorium*, quo Deus invocatur in testem veritatis sive affirmationis sive negationis praesentis vel praeteritae; et in *promissorium*, quo Dei testimonio invocato confirmatur veritas in assertionem et fidelitas in promissione actionis vel omissionis vel rei a iurante praestandae.

II. In *iudiciale*, quod in iudicio; et in *extraiudiciale*, quod extra iudicium emittitur.

III. In *simplex*, quod fit sola invocatione divini numinis per verba vel per scripturam; et in *solemnne*, quod etiam corporale dicitur, et praestatur cum adiuncta actione corporali, velut cum tactu Evangeliorum, reliquiarum (5), sanctae crucis, aliisque solemnitatibus.

IV. In *scriptum*, quo quis formulam iuramenti sua subscriptione firmat; et in *orale*, quod viva voce praestatur; istud

Tamquam medium proprium probandi, iuramentum pro *obiecto* habet tantum *facta*. Quare in iure moderno iuramentum tamquam medium *transactionis* velut supplementum iudicii non est receptum, quod iure Romano factum est, in quo praeterea iuramenta alia habebantur, v. gr. "sibi dari oportere", "rem suam esse", etc. Cfr. *Gross* l. c. II. p. 84. asserens in tribunalibus quoque ecclesiasticis saec. 15. in usu fuisse iuramentum "se non esse debitorem", "sibi teneri et esse obligatum", etc.

(3) Quare *atheï, materialistae, pantheistae*, et similes errantes, *veri* iuramenti sunt incapaces, quia *Deum* non invocant in testem. Item incapaces sunt *infideles* qui *falsos* deos colunt. Huiusmodi homines aut reiiciunt iuramentum, et tunc per se puniri possunt, eo quod actum legitime requisitum detrectant; aut si praestare vellent et admitterentur, rem sanctam risui et ludibrio exponerent. Quare in praxi potius *sine iuramento* ad testimonium essent admittendi. At *haeretici, Hebraei* etc., qui verum Deum colunt et mundi creatorem confitentur, iuramenti capaces sunt. Cfr. *Gross* l. c.

(4) *Suarez* l. c. lib. I. cap. 1. 5. lib. II. cap. 1.; *S. Thom.* II. II. q. 89.; *Zallinger* h. t. § 294. Iuramentum assertorium solummodo fit ad *veritatem* confirmandam; in iuramento promissorio, ultra confirmationem veritatis *praesentis* assertionis, Deus adducitur ad confirmandam aliquam, *promissionem* sive obligationem pro *futuro*. Quare omne iuramentum promissorium est simul *assertorium*, quia iurans asserit, se hic et nunc vere et ex animo, non fecte promittere seque habere *animum implendi* promissum, et praeter hoc addit promissionem fidelitatis, non tantum *propositum*, se facturum, sive assertionem de futuro facto. At non omne iuramentum assertorium est simul promissorium. Hinc specialis tractatio de iuramento in genere non est necessaria, quia id quod valet de iuramento assertorio, valet etiam de promissorio, et proinde solummodo specialis tractatio est addenda de iuramento promissorio.

(5) Cap. 10. X. de M. et O. I. 33.

ab aliis auctoribus, si a principali parte personaliter praestetur, pariter vocatur *corporale* (6).

Speciatim iuramentum assertorium dividitur: In iuramentum *aestimatorium* sive litis aestimandae, quo quis de valore rei controversae suum arbitrium confirmat; et in iuramentum *decisorium* sive litis decidendae, quod praestatur ab uno ex litigatoribus litis finiendae causa (7). Quod iuramentum decisorium litis dicitur *voluntarium*, si ex libera conventionione ab uno litigatore alteri defertur sine iudicis approbatione; vocatur speciali quadam ratione *iudiciale*, si pars parti illud defert iudice approbante; denique appellatur *necessarium*, quando iudicis auctoritate alterutri parti praestandum imponitur, v. g. ad complendam probationem (8), quo in casu dicitur *suppletorium*.

640. *Notae historicae* (9). Quodsi iam *Gaius* dixit: "Maximum remedium expediendarum litium in usum venit iurisiurandi religio", eiusque verba L. 1. D. h. t. solemniter a legislatore Romano recepta sunt, non minorem vim iusiurandum apud antiquos populos Germanicos obtinuit in iudicio (10). Ecclesia (11) quoque, quamvis imprimis sanam doctrinam de iuramento promulgarit, neque ab initio illico videatur recepissee in suo foro frequentem iuramenti usum, tamen paulatim etiam in foro suo praxim iuramenti exigendi, attempta hominum proclivitate ad mendacia et fraudes et infi-

(6) *Zallinger* h. t. § 290.; *Vering*, *Gesch. u. Pand.* § 129.; *Renaud* l. c. § 128.; *Zech* l. c. § 128.; *Zech* l. c. § 364. *corporale* iuramentum opponit iuramento praestito per **procuratorem**, quare idem est ac iuramentum *personale*. *Vering* vero in suo *Kirchenrecht* § 194. not. 16. vocem "corporalis" iuramenti derivat a tactu corporali reliquiarum v. gr. et citat cap. 10. X. de maior. et obed. X. I. 32. et cap. 19. X. de regul. III. 31.

(7) Id est ita ordinarie defertur ab eo, cui onus probandi incumbit, alteri parti, ut, si ea pars iuret, rem habeat decisam; quod si altera pars "referat" iuramentum, causam contra se admittit ut decisam, si pars cui iuramentum relatum est, illud praestet.

(8) Cap. 2. X. de prob. II. 19. Est et iuramentum *purgatorium*, quod licet expresse nondum sit abrogatum, tamen ex saeculo 16. ab aula etiam in foro ecclesiastico, saltem secundum praxim communiter et ordinarie receptam, videtur recessisse. Cfr. *Kirchenlex.* p. 261.

(9) Notio iuramenti apud paganos multum fuit obscurata, imo etiam apud Iudaeos tempore Christi de usu iuramenti non leves videntur fuisse abusus. Quare Christus etiam de iuramento veram et sanam doctrinam proposuit, et Ecclesia, quae Christi vestigia secuta est, eandem veram doctrinam promulgavit.

(10) *Waller*, *Deuts. Rechtsgesch.* § 656. sq.

(11) *Kraus*, *Real. Encyklop. d. chr. Alterth.* v. Eid.

delitates, introduxit (12). Imo rationem quoque habuit specialium consuetudinum populorum medii aevi, atque inde ortum est iuramentum purgationis canonicae; introducti quoque fuerunt compurgatores (13), et adhibitum est iuramentum credulitatis septimae manus in certis causis matrimonialibus. At postquam in ipso foro saeculari, propter perfectam receptionem iuris Romani, ex saeculo 15. isti compurgatores (sacramentales) evanuerunt, etiam in foro ecclesiastico ex saeculo 16. magis magisque ab aula recesserunt, licet formaliter et expresse huiusmodi iuramentum ab Ecclesia nondum sit abrogatum (14). Iuramentum vero credulitatis septimae manus retinetur quidem a S. C. C. in Instr. 20. Aug. 1840., quae maiori minorive rigore observatur in praxi: at v. g. Instr. *Card. Rauscher* de iuramento septimae manus silet.

### I. De subiecto iurisiurandi.

**641.** Iurare efficaciter sive cum obligatione in externo foro ecclesiastico possunt omnes, qui a iure naturali vel positivo Ecclesiae non prohibentur (15).

Prohibentur autem iurare, qui rationis et iudicii defectum habent, velut furiosi, amentes, ebrii, infantes. Quibus ex iure civili, saltem si contractum circa res suas iuramento confirmare velint, aequiparantur prodigi (16), quibus bonis interdictum est (17). Non admittuntur ad iuramentum, qui non satis intelligere censentur gravitatem rei et malitiam periurii, veluti impuberes et pupilli (18).

(12) Decret. Grat. l. c.

(13) *Muenchen* l. c. I. 466.

(14) *Giraldi*, Exposit. I. Pont. P. I. sect. 894.

(15) *Suarez* l. c. lib. I. cap. 14. n. 5. sq.; *Gross* l. c. II. p. 77. sq. Inhabilis neque a iudice admitti potest, neque ipse se potest offerre. Cfr. *Gross* l. c. II. p. 79.

(16) « Et qui semel periurus fuerit... nec in sua causa vel alterius iurator existat », ut dicitur c. 14. C. XXII. q. 5. Nam quamvis veracitas alicuius hominis iurantis generatim praesumitur, at praecunte iure canonico (c. 14. C. XXII. q. 5.) etiam iuxta non paucos Codices modernos talis praesumptio merito cessat in eo, qui iam semel periurium emisit. Cfr. quoque cap. I. X. de purg. can. V. 34.

(17) L. 40. D. de R. I.

(18) Cap. 14. 15. 16. C. XXII. q. 5. In foro interno ad obligationem inducendam sufficit ea aetas, qua quis sufficientem habet cognitionem de iuramento eiusque obligationibus; at ut in foro externo iuramentum quosdam habeat effectus iuridicos, certa aetas merito requiritur. Confer quoad haec

Surdi vero et muti, si sufficienter iurisiurandi cognitionem habeant, a iuramento praestando non excluduntur, cum nutu, subscriptione aliisque signis mentem suam absque verbis satis manifestare possint; at si inde a nativitate fuerint surdi et muti neque recentioribus istis mediis sufficienter exculti, sicuti infantes, ob defectum rationis ad iuramentum praestandum sunt incapaces. Minores autem ex iureiurando obligari possunt (19), sicuti obligantur, cum absque curatoris auctoritate contrahunt; nihilominus restitui possunt in integrum ob enormem laesionem, quae censetur continere dolum.

Quamvis naturae iuramenti multo conformius sit, ut praestetur ab ipsa persona obligata, nihilominus, nisi diserta iuris sanctione requiratur iuramentum in propria persona praestandum (20), per procuratorem speciali mandato munitum dari potest (21).

## II. De effectibus iurisiurandi (22).

### 642. Effectus iuramenti rite emissi sunt :

I. Iusiurandum negotio legitimo et actui adiectum, veluti assertioni veritatis vel promissioni datae, censetur firmare negotium gestum, cum nullum vinculum existat, quod hominum fidem arctius adstringat quam ipsum iuramentum (23).

II. Qui per iuramentum aliquid promittit, ex virtute religionis tenetur praestare id, quod promisit, quantum salva conscientia praestare potest; at homo, cui iuratum est, non acquirit ius contra iurantem directe, sed indirecte tantum, quia Deo debitus cultus necessario est exhibendus.

### III. Iure Decretalium iuramentum negotio adiectum illud

cap. 1. X. de delict. puer. V. 23., ubi evidenter supponitur, pueros infra 14. annos posse committere *periuria*, et de facto aliquando committere. Quare licet c. 14. C. XXII. q. 5. dicatur « non cogantur iurare », si tamen de facto admitterentur, ex eorum iuramento plena probatio non exurgeret.

(19) L. 26. pr. D. de iureiur. XII. 2.

(20) L. 7. § 6. Cod. de curat. fur. V. 70.; L. 27. i. f. Cod. de ep. aud. I. 4.; cap. 4. X. de sent. excom. V. 39.; cap. 47. X. de testib. II. 20.; cap. 4. de elect. I. 6. in Sext.

(21) Cap. 3. de iuram. cal. II. 4. in Sext.; Gross l. c. II. p. 259. sq.

(22) Reprehendendum iure merito est, si in foro saeculari verum iuramentum interdum simplici promissioni humanae quoad effectus aequiparatur; talis enim aequiparatio est degradatio iuramenti.

(23) Suarez l. c. lib. I. cap. 6.; Schmalzgr. h. t. n. 71.



transtulit ad forum ecclesiasticum, si controversia quaedam de eo orta fuerat (24).

IV. Ex iuramento extraiudiciali vi iuris civilis Roman noni est orta actio, nisi in casu speciali, quo libertus iuravit, se operas, domum, munus praestiturum (25). At iure canonico, cum iam ex solo pacto nudo oriatur actio, dubium esse vix potest, quin ex solo iuramento concedatur actio (26), neque ad subtiliores illas explicationes videtur esse confugiendum, solummodo per implorationem officii iudicis ad denuntiationem evangelicam procedendum esse (27).

V. Ex contractibus minorum iuramento firmatis producit actio, quae per se ex contractu oriretur, et impeditur facultas petendi restitutionem in integrum, qua alias actio elidi potuisset (28).

### III. De cessatione iurisiurandi.

643. Cessare iuramentum dicitur, cum id quod ab initio valuit, postea vim suam habere desinit. Id quod fit:

I. Relaxatione (29) facta ab eo, qui vere relaxandi sive dis-

(24) Cap. 3. de foro compet. II. 2. in Sext.; *Pignatelli*, Consult. can. I. consult. 154. II. cons. 135.; *I. Hergenroether*, K. Kirche u. ch. Staat p. 195. sq. (ed. II.).

(25) L. 7. D. de operis libert. XXXV. 1.

(26) Cap. 2. 28. X. h. t.; cap. 2. h. t. in Sext.

(27) *Zallinger* h. t. § 300.

(28) Cfr. L. 1. cum Authentic. Sacramenta puber. Cod. si adversus vendit. II. 28. Cum interpositio fidei, v. g. fide nobili, fide principis, fide sacerdotali, naturalem quidem obligationem inducat dicendi verum aut promissa explendi, at verum iuramentum non sit, ideo neque omnes effectus iuramenti producere potest, neque illius violatio est periurium. Hinc etiam sola relatio ad aliud iuramentum non sufficit, ut quis periurii arguatur, ut expresse statuitur a Gregorio IX. cap. 35. X. h. t. Nam per talem relationem non fit invocatio divini nominis, nisi adsit animus novum iuramentum praestandi. Qui animus nequit praesumi, cum praestatio iuramenti sit res odiosa. Item promissio, quae fit « loco iuramenti » vel in vim iuramenti, nequit equiparari in se et quoad effectus iuramento vero. Quod enim non est iuramentum ex lege divina et humana, id homines privati, pactione sua privata, non possunt efficere iuramentum et substituere pro alio actu forte a lege requisito. Cfr. *Zech* l. c. § 367. In hac ultima quaestione *Zallinger* § 293. videtur dissentire a *Zech*, cuius sententia in textu exhibetur. Nam *Zallinger* l. c. scribit: « Formula asseverandi aliquod vel promittendi cum clausula: in vim iuramenti, videtur implicitum continere iusiurandum; sed, si depositio eius legibus praescripta est, non sufficit, quia explicitum censetur praescribi. Spectandus certe est animus tum exigentis tum apponentis talem clausulam ».

(29) De potestate et Ecclesiae et principibus laicis propria irritandi



pensandi habet potestatem, uti in voto (30). At non raro in iure absolutio sive relaxatio iuramenti fieri dicitur, cum potius datur *interpretatio* sive declaratio (31) authentica nullitatis iuramenti, v. g. si iuramentum relaxatur, quod utpote illicitum et contrarium rationi esset vinculum iniquitatis (32). Quare ex data relaxatione iuramenti nequaquam semper ad illius valorem internum concludi potest (33).

II. Commutatione in melius (34).

III. Si altera pars conditioni non paret (35).

IV. Mutatione notabili circumstantiarum, ad quas promissio iurata non censetur fuisse extensa (36), aut si executio moraliter impossibilis facta sit (37).

V. Morte iurantis cessat obligatio personalis ex motivo religionis, non realis, uti de voto dici solet. Ius vero illius, cui iuramentum aliquid promissum est, transmittitur ad haeredes (38).

iuramenta promissoria cfr. *Suarez* l. c. lib. II. cap. 38.; *Schmalzgr.* h. t. n. 100. sq. — Et nota propter singularem reverentiam, qua Ecclesia iuramentum prosequitur, constanter postulasse recursum ad auctoritatem pro relaxatione, si vel aliqua apparens ratio in favorem iuramenti militaret, et solummodo, si promissio versaretur circa gravia et evidenter delicta, illum recursum non postulasse. Cfr. C. XXII. q. 4.; *Vering* l. c. § 194.

(30) Qui imploratae Ecclesiae interventus:

1° potuit non raro nihil aliud esse quam *authentica interpretatio*; cfr. cap. 18. 27. X. h. t.

2° potuit aliquando esse *adhortatio* et *incitamentum*, ut iurans suo iuramento *staret* illudque impleteret; cfr. cap. 7. h. t.

3° aut vere *relaxavit* eum, qui iuramentum emiserat a iuramenti impletionem; cfr. cap. 12. § 1., cap. 18. X. h. t. Quo in casu ei, qui iuramentum praestiterat, *poenitentiam* solebat imponi.

Praesertim huiusmodi relaxatio fuit petenda *in iuramentis metu extortis*; cfr. cap. 2. 6. 8. 15. 20. 29. X. eod.

Relaxatio huiusmodi, idest interpretatio vel rescissio ob metum, poterat peti et dari ab *Episcopo* dioecesano, licet non raro de facto recursus immediatus habitus sit ad Rom. Pontificem, ut constat exemplis h. t. alatis.

Quod si agitur de iuramenti dispensatione *cum praeiudicio tertii*, aut iste tertius obligationem remittere debet, aut unice Rom. Pontifex propter necessitatem vel utilitatem Ecclesiae hoc iuramentum relaxare potest.

(31) De interpretatione iuramenti cfr. *Suarez* l. c. lib. II. cap. 32.; *Vering* l. c.; *Kirchenlexic.* v. Eid n. VI.

(32) Cap. 12. § 1., cap. 18. 27. X. h. t.

(33) *Suarez* l. c. lib. II. cap. 39. 40. 41.

(34) Cap. 3. X. h. t.

(35) Cap. 3. 10. 29. X. h. t.

(36) Cap. 25. X. h. t.

(37) Cap. 10. 17. X. h. t.

(38) *Zallinger* h. t. § 303.; *Suarez* l. c. lib. II. cap. 31. de obligatione

## § 1. DE IUREIURANDO IN SPECIE.

## I. De iuramento decisorio litis.

644. Inter iuramenta particularia, quae hoc titulo, ordini iudiciario Ecclesiae inserto, explicanda sunt, merito principem locum occupant iuramenta iudicialia, et in his non pauca iam recensita sunt, veluti iuramentum calumniae, malitiae, iuramentum testium. Quare disputatio hoc loco potissimum est restringenda ad iuramenta partium ipsarum in iudicio, inter quae singulari quadam ratione eminet iuramentum decisorium litis (39).

645. Iuramentum *decisorium litis*, quod vocatur voluntarium et extraiudiciale, ut legitima ratione fiat, requiritur:

I. Ut a persona habili deferatur. Iam vero quicumque de re controversa transigere et disponere potest, is etiam iuramentum voluntarium ex conventionione inita deferre potest. Nam huiusmodi iuramentum vim transactionis habet. Quare dominus, qui liberam suarum rerum habet administrationem, procurator cum mandato speciali, aliique ad transactionem habiles, ab isto iuramento deferendo non sunt exclusi. At merito arcentur amentes, furiosi, pupilli sine auctoritate tutoris, aliique transactionis ineundae incapaces. Deferri vero potest hoc iuramentum voluntarium extraiudiciale cuicumque, qui ex conventionione sibi vel alteri acquirere potest (40).

II. Ut lis sit de causa dubia, quae pendeat a partium voluntate. Nam causa certa non indiget decisione, neque obiectum transactionis existere potest. Ubi vero in litigatoribus deest libera de re dispositio, veluti de valore vinculi matrimonii, vel professionis religiosae, vel in causis criminalibus, una cum transactione iuramentum quoque voluntarium non admittitur.

personali vel reali iuramenti; *Schmalzgr.* h. t. n. 75. sq. Iuramentum promissorium cessare quoque potest remissione illius, in cuius favorem factum est. Cfr. *Suarez* l. c. lib. II. cap. 40.

De poenis ecclesiasticis periurio impositis cfr. *Suarez* l. c. lib. III. cap. 2.; *Thesaurus*, De poenis ecclesiast. v. Periurium; *Kirchenlex.* v. Eid n. VIII., v. Eidesbruch; *Vering* l. c. VI.

(39) *Gross* l. c. II. p. 228. sq.

(40) L. 26. pr. D. h. t. Cuiuscumque sit aetatis vel sexus, ut pupillo, mulieri. Neque obstat L. 34. § 2. D. h. t., ubi dicitur: "Pupillo non deferitur iuramentum". Id enim intelligendum est de iuramento iudiciali, ut putat *Maschat* h. t. n. 4.

III. Ut probationes aliunde non suppetant ad veritatem rei controversae demonstrandam; fieret enim iuramentum temere et sine necessitate (41).

IV. Ut non sponte offeratur, sed ad delationem partis aut iudicis; secus vi probandi caret (42).

Quod si iuramentum voluntarium extraiudiciale et rite delatum et praestitum sit (43), imprimis illud efficit, ut habeatur decisio causae dubiae et consequenter datur *actio* in factum ex iureiurando, si actor iuravit sibi deberi vel si eo volente iurare, reus remisit ei iuramentum; vel *exceptio* iuratoria, si reus iuravit, se non debere (44). Quae actio et exceptio utrimque transit in haeredes, non tamen praeiudicat tertio extraneo (45).

646. Iuramentum voluntarium etiam iudiciale deferri potest a quocumque, sive ab actore sive a reo, qui generatim iuramentum voluntarium deferre valet (46). Verum si actor nihil probavit, nec positive nec praesumptive, merito videtur esse praeferenda illa sententia, quae tenet ipsum reo iuramentum deferre non posse. Nam in casu non videtur existere rationabilis causa iurandi, et caput 36. § Sane X. h. t. huic sententiae magis congruit (47). Praeterea cum hoc iuramentum vim habeat transactionis, ea quae numero praecedenti de persona, cui deferri possit, et de causis iuramenti voluntarii explicata sunt, etiam iuramento voluntario iudiciali sunt applicanda (48).

Delatio huius iuramenti legitime facta imprimis producit obligationem alternativam aut referendi iuramentum deferenti aut illud praestandi, nisi iusta causa aliud suadeat (49).

(41) Cap. 2. X. de prob. II. 19.

(42) L. 3. pr. D. h. t.

(43) Dicitur: "rite delatum et praestitum"; nam si iuramentum tantum delatum vel acceptatum vel relatum est, *nihil speciale operatur*. Nam in partium placito est, ut acceptetur vel referatur, vel ut acceptum revoce-  
tur, antequam fiat. Cfr. L. 11. Cod. de reb. cred. et iur. IV. 1., ubi statu-  
tuitur: "Si quis sacramentum intulerit et hoc revocare maluerit, licere  
quidem ei hoc facere". Neque obstat reg. iur. 21. in Sext.: "Quod semel  
placuit, amplius displicere non potest". Etenim haec regula iuris locum  
non habet, ubi ipsa lex revocationem permittit, ut in casu nostro.

(44) L. 7. 8. 9. 11. 18. 28. D. h. t.

(45) L. 10. D. eod. Licet, si alius pro tertio iuret, acquirat ei actionem  
vel exceptionem iuris iurandi (L. fin. § 2. D. h. t.).

(46) L. 12. pr. Cod. de reb. cred. (IV. 1.).

(47) *Maschat* h. t. n. 6.

(48) Gregorii XVI., Regul. giud. § 748. sq.

(49) Cap. 36. X. h. t. Ita v. gr. in delictis reus illud referre nequit, quia

Si primo deferenti legitime delatum est iuramentum, tenetur illud praestare, nisi iustam ob causam excusetur; secus, si reus sit, habetur pro convicto; si actor existat, ab agendo repellitur (50). Praeterea iuramentum voluntarium iudiciale in hoc extraiudiciali praestat, quod postquam acceptatum est, revocari non iam possit, nisi iusta causa superveniat, v. g. novae probationes (51). Denique quoniam hoc iuramentum est species quaedam transactionis, vim habet rei iudicatae, producit actionem aut exceptionem iuratoriam, non admittit appellationem aut rescissionem etiam praetextu novorum instrumentorum (52).

#### 647. Iuramentum iudiciale necessarium:

I. Deferri potest a solo iudice, sive ordinario sive delegato (53). Nam solus iudex cogere potest partes ad iurandum, sive ex officio ut veritas eruatur, sive ad instantiam partis. Quae delatio, utrum actori, an reo sit facienda, prudenti iudicis arbitrio est definiendum pro conditione et qualitate causae (54).

II. In omni causa delatio huius iuramenti est permissa, nisi speciali iure exceptio sit statuta (55), veluti in causis criminalibus, in quibus non actori, sed reo deferri potest iuramentum purgationis (56). Item excipiuntur causae, in quibus agitur de vinculo matrimonii aut professionis religiosae, aut in quibus liquidae requiruntur probationes.

#### III. Ut iuramentum suppletorium deferatur (57) a iudice, sive

nemo factum melius scire potest, quam ipse reus (cfr. cap. fin. X. h. t.); aut si actor fundet suam intentionem non plene probatam super factum alienum, cuius plenam notitiam habere non praesumitur. Cfr. L. 11. D. de act. rer.

(50) Cfr. L. 34. § 7., L. 42. D. h. t.; Regol. cit. §§ 758. 759.

(51) R. I. 21. in Sext.; L. 11. 12. § 1. Cod. de reb. cred. IV. 1.; L. 34. § 7. D. h. t. XII. 2.

(52) L. 5. 9. 31. D. h. t.; L. 1. 12. § 3. Cod. de R. I.

(53) L. 1. 31. D. h. t.; L. 3. 12. Cod. de reb. cred. Porro si actor semiplene probavit, reus vero nihil, actori deferendum est iuramentum, quia semiplena probatio hoc iuramento suppleri potest. At si pro actore stet tantum praesumptio, vel actor et reus aequae semiplene probaverint, regulariter reo deferendum est, quia iura reis magis favent. Quod si uterque plene probavit, et probationes sunt compossibiles, v. gr. mutuo dedi, solvi, reus absque iuramento absolvendus est; si autem sint contrariae, ei cui maior favet probatio; si aequales, potius reo favendum est.

(54) Cfr. cap. 36. i. f. X. h. t.; cfr. quoque Gregor. XVI. Regol. giud. § 770.

(55) L. 3. D. h. t.; L. 3. Cod. de reb. cred.

(56) Cap. 36. X. h. t.

(57) Regol. cit. § 766. sq.



ex officio sive ad instantiam unius partis, requiritur praevia cognitio causae (58); praecedat necesse est semiplena probatio; et ante conclusionem in causa (59) fiat delatio personae honestae, non vili atque suspectae de periurio. Quodsi iuramentum suppletorium legitime delatum sit, absoluta existit necessitas illud praestandi (60), et postquam praestitum est, ita complet probationem, ut sententia pro iurante sit ferenda. At appellatio et retractatio sententiae propter instrumenta noviter reperta non excluditur, ut fit in iuramento voluntario.

## II. De iuramento litis aestimatorio (61).

648. Iuramentum *in litem*, sive iuramentum *litis aestimatorium*, deferitur illi parti, quae in genere suam intentionem probavit, at valorem vel quantitatem rei debitae iustificare nequit, propter factum quoddam culpabile vel dolosum alterius partis (62). Quod iuramentum vocatur “ veritatis „, sive “ verae aestimationis „, si de vero et obiectivo valore ex communi aestimatione hominum est praestandum; “ affectionis „, appellatur, si de valore rei deponitur etiam secundum probabilem affectionem privatam et commoditatem; “ super interesse singulare „, audit, si de damno causato ex re subtracta aut legitimo tempore non restituta creditor iurat (63).

(58) L. 3. Cod. de reb. cred.

(59) Licet iudex etiam postea illud deferre possit, cum iudici numquam in causa sit conclusum.

(60) L. 12. Cod. de reb. cred.; cap. 30. X. h. t.

(61) Ius canonicum de hoc iuramento aestimatorio propria statuta non habet; quare recurrendum est ad fontes iuris Romani in hac materia, ut recte notat Gross l. c. II. p. 273.

Quoniam ius canonicum expressas sanctiones hac de re non habet, ideo merito attendi potest Gregorianus Codex, imo et illo etiam probari potest praxis tribunalium ecclesiasticorum.

(62) L. 1. sq. D. de in litem iur.; Cod. V. 53. eod.; Gregor. XVI., Regol. giud. § 759.

(63) L. 3. D. eod.; *Schmalzgr. h. t. n.* 58. sq.; *Gross l. c. II. p.* 273. Ut patet si pars laesa iure suo non utatur determinandi rem et quantitatem per iuramentum, sed mavult id relinquere prudenti iudicis arbitrio, id sane facere potest.

At Gross putat iudicem *non* esse obligatum ad instantiam partis hoc iuramentum imponere et *secundum illud* causam definire (pro qua sententia citat L. 4. § 2.; L. 5. § 1. D. h. t.; L. 1. 4. 5. Cod. h. t.), quemadmodum eum obligatum esse non censet ad expectandam instantiam partis, ut tale iuramentum exigat. Cfr. cit. L. 4. § 1. 2. D. h. t.

Nam admissio talis iuramenti non tantum est *favor* parti laesae concessus, sed simul *poena* infligenda parti laedenti a iudice, imo iuramentum est iudici in primis fundamentum ad inveniendam iustam aestimationem et poenam. Cfr. L. 15. §§ 7. 9. D. XLIII. 24.



649. Iuramentum in litem deferri potest aut ad instantiam partis aut directe a iudice ex officio. In utroque casu, antequam iuramentum a parte actu praestetur, quantitas per partem laesam postulata, si excessiva sit, per iudicem ad iustos limites reduci potest, intra quos iuramentum praestari debet.

650. Iuramento in litem affine est iuramentum *Zenonianum*, quod ab Imperatore Zenone nomen suum sortitum est (64). De hoc iuramento statuitur ut postquam de violentia per testes et de amissis rebus per ipsius spoliati constiterit sacramentum, possit iudex taxatione ab ipso facta pro personarum ac negotii qualitate spoliatores in aestimatione rerum amissarum, iuramento adversarii declarata, rationabiliter condemnare (65).

### III. De variis iuramentis extraiudicialibus.

651. Inter iuramenta extraiudicialia, quae etiam in Ecclesia usitata sunt, praesertim sunt recensenda:

I. Iuramentum, quo *obedientia canonica* Superiori ecclesiastico debita solemni quadam ratione confirmatur v. g. ab Episcopis (66).

II. Iuramentum *fidelitatis*, quod Episcopi vel alii viri ecclesiastici, approbante Romano Pontifice (67), potestati civili emittere debent; istud quasi in locum successit homagii vel hominii quod praestabant Episcopi, cum feuda tenerent (68).

III. Non pauca iuramenta etiam in Ecclesia praescripta sunt, quibus quis ab initio officii suscepti promittit, se officium fideliter impleturum esse, ideoque iuramentum *officii* dicitur. Huiusmodi iuramentum v. g. emittit Promotor iustitiae (69).

(64) L. 9. Cod. unde vi VIII. 4.; cap. 7. X. de his, quae vi I. 40.

(65) Zech I. c. § 403.; Gross I. c. II. p. 275.

(66) Cfr. lib. I. tit. 33. de maiestate et obedientia; cap. 4. X. h. t.; *Thomassin.*, Vetus et nov. Eccl. disc. P. II. lib. 2. cap. 44. sq.; *Zaccaria*, De rebus ad histor. atque antiq. pertin. tom. II. p. 264. sq.; *Binterim*, Denkwürdigk. I. 2. p. 268. sq.; *Hinschius*, System. d. k. K. t. III. p. 199. sq.

(67) Nussi I. c. p. 139. sq.

(68) *Hefele*, Conciliengesch. tom. V. p. 377.; *Vering*, Kirchenrecht § 61. Quod iuramentum in praxi maximam habet difficultatem, tunc praesertim, quum ipsa Gubernia habent ius nominandi. Melius sane in Anglia et in America Sept. Episcopi post suam promotionem nullum speciale iuramentum fidelitatis emittere debent.

(69) Cfr. Benedict. XIV. Const. « *Dei miseratione* » § 7.

IV. Quodsi veteres canonistae multum quoque laborarint in explicanda vi et efficacia iuramentorum, quibus contractus confirmantur (70), ab huiusmodi subtiliore inquisitione nostra aetate videtur esse abstinendum. Etenim frequens illa confirmatio contractuum per iuramenta adiecta, quae tempore medii aevi multum fuit usitata, nostro tempore in utroque foro potius ab aula recessit (71).

## TITULUS XXXVII.

### DE PRAESUMPTIONIBUS.

(*Lib. II. tit. 23. de praesumpt.*.)

**652. Fontes :** Dig. XXII. 3. de probationib. et praesumpt. (1) — Cpl. I. lib. II. tit. 16. de praesumpt.; Cpl. II. tit. 15. eod.; Cpl. III. lib. II. tit. 14. eod. Decretal. Gregor. IX. lib. II. tit. 23. eod. — Instr. S. C. Ep. et Reg. 11. Iun. 1880. art. 16.; Act. S. Sed. III. 408.; VI. 436. sq.

**Scriptores :** Comment. iur. Rom. in cit. tit.; *Arndts-Serafini* l. c. §§ 114. 412.; *Vering*, Gesch. u. Pand. § 126.; *Van Welter* l. c. § 136.; *Renand* l. c. §§ 105. 106. 107. Comment. iur. Decretal. in h. t. — *Devoti*, Inst. can. lib. III. tit. 9. § 28. sq.; *Zech* l. c. tit. 25. de praesumpt. et fict. iur. — *Tancred.* l. c. P. III. tit. 14. de praesumptionib.; *Durantis* l. c. lib. II. partic. 2. tit. de praesumptionib.; *Menochius*, De praesumptionibus, coniecturis, signis et indiciis commentaria, Ven., 1597.; *Muenchen* l. c. I. p. 325.; *Gross* l. c. I. p. 58. sq. II. p. 91. sq. 276. sq. 317. sq.; *Schulte*, Eheprocess § 47.; *Drosle* l. c. p. 69. sq.; *Ferrini C.*, Le presunzioni in diritto romano, in Riv. ital. per le scienze giuridiche vol. 13.; *Ramponi*, La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano, Torino, 1890.; *Lega* l. c. I. 519. sq.

### Praenotiones.

**653. Connexio materiae.** Non solum per personas et res, sed etiam per leges dicitur fieri probatio, quando ipsum ius ex certis factis conclusiones rem dubiam demonstrantes immediate deduxit vel ut a iudice deducerentur permisit et approbavit. Huiusmodi probatio conficitur praesumptionibus (2).

(70) *Schmalzgr.* h. t. n. 83. sq.

(71) Cap. 8. 28. X. h. t.; cap. 2. h. t. in Sext.; cap. 2. de pactis I. 18. in Sext. Cfr. *Wernz* l. c. t. III. tit. IX. de pactis et contractibus, ubi n. 246 et not. 49. explicatio datur, qua sufficienter providetur, ut genuina in hac quaestione retineantur principia.

(1) Cfr. Cod. civ. Galliae art. 1349. sq.; Cod. civ. Ital. art. 1349. sq.

(2) *Maschal* h. t. n. 1. « Et quamvis praesumptio in rigore probatio non sit, quia tamen relevando a probatione aequivalenter probat, merito speciebus probationis accensetur ».

**654. Definitio.** Praesumptio est conclusio rationabilis de veritate rei dubiae deducta ex indiciis plerumque vel frequenter connexis cum veritate rei (3).

Differt igitur ab indicio, sicut effectus a causa (4); etenim praesumptio est iudicium de veritate, quod oritur et formatur ex illis indiciis, tanquam signis inducentibus in cognitionem rei dubiae. Quae conclusio ex facto aliunde certo deducta (5), ut rationabilis dici possit, saltem probabilitate gaudere debet; at interdum tam necessario conclusio sequitur ex facto, ut certa atque indubitata sit res cum illo connexa (6).

**655. Divisio.** Praesumptio dividitur in praesumptionem *iuris* sive legis; et in praesumptionem *hominis*. Illa in iure speciali (7) ratione exprimitur, cum ipsa lex suppositis certis factis aliquid pro vero habet, et subdividitur in “praesumptionem *iuris tantum*”, qua lex aliquid solummodo pro vero habet, donec contrarium probetur (8); et “in praesumptionem *iuris et de iure*”, qua lex ita aliquid pro vero habet, ut *regulariter* directa saltem probatio in contrarium non admittatur (9).

(3) Cfr. R. I. 45. in Sext. “Inspicimus in obscuris, quod est verisimilius et quod plerumque fieri solet”.

(4) Indicium est notabile signum alicuius delicti vel alicuius rei, de qua dubitatur, ad veritatem cognoscendam inserviens.

(5) Factum, ex quo deducitur conclusio, debet certo constare et probandum est a parte allegante; nam si de hoc facto non constaret aut non nisi probabiliter, multo minus constare posset de conclusione inde deducenda. Cfr. *Schulte* l. c.

(6) *Schulte*, Eheprocess l. c.; *Schmalzgr.* h. t. n. 2.; *Gross* l. c. p. 54. sq.; *Renaud* l. c. § 107. recte negat praesumptionem facti restringi ad casum, quo semiplena detur probatio; nam illatio potest esse adeo necessaria, ut plenam probationem subministret.

(7) Praesumptionibus istis specialibus in iure expressis opponuntur praesumptiones generales iuris, quae continentur regulis quibusdam iuris generalibus velut: Nemo malus, nisi probetur. Cfr. quoque cap. 9. X. h. t.; R. I. 8. in Sext. *Schmalzgr.* h. t. n. 7. ad definitionem praesumptionum *iuris et de iure* addit non esse necesse, ut lex expresse addat probationem in contrarium non esse admittendam, sed sufficere, ut dicat, praesumptionem esse violentam seu vehementem. At talis sententia non videtur posse admitti, multoque minus ratio a *Schmalzgr.* et *Haunold* allata, quod secus pauca exempla praesumptionum iuris et de iure reperirentur in iure. Nulla enim est necessitas reperiendi multa exempla, sed pauca in hac materia odiosa adesse sufficiunt! Quare *Zallinger* h. t. §§ 288. 189. accurate distinguit praesumptionem iuris violentam a praesumptione iuris et de iure, propter diversitatem effectuum, quos produciunt, et nequaquam duas illas praesumptiones confundit.

(8) Cap. 11. X. de prob. II. 19; cap. 6. X. de renunt. I. 9.

(9) Cap. 15. X. de sent. II. 27.; cap. 21. 30. de sponsal. IV. 1.; cap. 6. de appell. II. 15. in Sext.; *Schmalzgr.* h. t. n. 9.

Praesumptio vero hominis est coniectura nullo quidem iure speciali expressa, licet generaliter a iure approbetur, qua iudex vel alius homo ex ipsa qualitate et circumstantiis facti (10) aliquid pro vero habet (11).

Indicia, quibus innititur praesumptio, possunt esse levia vel gravia vel gravissima, et pro triplici illo fundamento etiam praesumptio hominis distinguitur in *levem*, in *discretam* sive *probabilem* et in *vehementissimam* sive *violentam* (12). Quod lex ecclesiastica ex levi indicio non statuatur praesumptionem iuris et de iure, non est cur multum explicetur (13).

### § 1. DE VI ET EFFICACIA PRAESUMPTIONUM IURIS.

656. Praesumptio iuris imprimis partem litigantem sive actorem sive reum, in cuius favorem constituta est, relevat ab onere probationis (14), dummodo constet de factis, quibus innititur. Quare parti adversae incumbit onus contraria probatione vim praesumptionis iuris elidendi. Unde licet huius-

(10) Differt igitur multum praesumptio iuris a *fictione iuris*, quae est *indubitatae falsitatis* assumptio in casu possibili et ex iusta causa ad inducendum aliquem effectum iuris aequitati naturali non repugnantem, v. g. canonicus poenitentiarius, qui, dum confessiones in ecclesia audit, certo abest a choro, tamen in ordine ad lucrandas distributiones fingitur praesens in choro. Cfr. Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 8. de reform.: *Schmalzgr. h. t. n. 3.*; *Gross l. c. II. p. 58.* licet praesumptionem iuris et de iure nolit dicere *fictionem iuris*, tamen illi proxime accedere admittit, quatenus rem sustinet, exclusa probatione in contrarium; at nihilominus admittit differentiam, eo quod in *fictione iuris* pro vero habetur aliquid non obstante certitudine de contrario. *Schmalzgr.* etiam varias enumerat differentias inter praesumptiones et *fictiones iuris*, quae quoad maximam partem patent ex ipsis notionibus et definitionibus datis.

(11) Cfr. c. 13. 20. C. II. q. 1.; cap. 1. X. h. t.; *Gross l. c. I. p. 61.*; *Schulte l. c. § 47.*

(12) Idest si quis a parentibus christianis natus est et inter christianos fideliter conversatus, violenter praesumitur baptismus, donec evidentissime contrarium probetur. Cfr. cap. 3. X. III. 43.

(13) *Porsch, D. Bedeutung d. Beweises durch Indicien in d. kirchl. Gerichtsverfahren, Breslau, 1876.*

(14) At ut pars illa liberetur ab onere:

1º praemissa facta, quibus praesumptio innititur, debent in forma legitima in *acta iudicialia* esse relata;

2º debent esse aut *notoria* aut in iudicio *confessa*. Ita *Renaud l. c. § 105.*, ubi etiam affert exempla ex iure Romano.

Quare probatio in contrarium duplici ratione fieri potest:

1º contra supposita facta, si nec notoria nec confessa sint;

2º contra facta a iure praesumpta; at non contra ius, quod praesumit. Cfr. L. 6. D. de his qui sui vel alien. iur. sunt l. 6.



modi praesumptio plene probet et pro veritate habeatur, hanc vim tamen non absolute habet, sed conditionate tantum, scilicet “ nisi contrarium probetur „ (15).

Quodsi praesumptio iuris sit violenta, leges non qualicumque probatione in contrarium contentae sunt, sed manifestissimas probationes exigunt. Ita filius in matrimonio natus praesumitur legitimus (16).

657. Praesumptio iuris et de iure in foro externo directam probationem in contrarium, *saltem regulariter*, non admittit (16); etenim pro veritate habetur ad instar legis et rei iudicatae, sed sicuti lex, ita etiam huiusmodi praesumptio impugnari non potest. Verum in foro interno unice attendenda est veritas, si forte praesumptio illa fallat. Denique non excluditur indirecta probatio in contrarium (18), v. g. si quis per duos annos coniugi cohabitarit, at simul probet, metum ab initio incussum toto tempore perdurasse, praesumptio iuris et de iure non procedit (19).

(15) Cap. 10. X. h. t.; cap. 2. de rest. spol. II. 5. in Sext.

(16) Cfr. quoque cap. 3. X. de presbyt. non baptiz. III. 43.; *Zallinger* h. t. § 286. sq.; Act. S. Sed. vol. XVII. p. 386. 387.

(17) Cap. 30. X. de sponsal. IV. 1.; Instr. S. C. de Prop. Fide 14. Ian. 1821. in Act. S. Sed. vol. VI. p. 446. et in Collectan. Const. S. Sed. n. 992.; *Schmalzgr.* lib. IV. tit. 1. de sponsal. n. 115. sq.

(18) *Schmalzgr.* h. t. n. 129. dicit *regulariter* non admitti probationem in contrarium, at admitti:

1<sup>o</sup> indirectam probationem, quia haec probatio non eo tendit, ut probet directe contrarium eius, quod ius praesumit, sed ostendit non adesse qualitates, circumstantias, conditiones ad illam requisitas a lege;

2<sup>o</sup> allegationem notorii, quia probatio, quae fit per evidentiam facti, numquam censetur exclusa;

4<sup>o</sup> confessionem iudicalem factam ab eo, pro quo et in cuius favorem stat praesumptio;

4<sup>o</sup> probationem per testes;

5<sup>o</sup> probationem per instrumentum publicum, quia illud facit rem liquidam et evidentem.

At claros textus iuris praeter casum sub num. 1. non affert.

(19) Cap. 21. X. de spons. IV. 1.; Instr. *Cardin. Rausches* § 116.; Act. S. Sed. vol. XII. p. 403. sq.; *Schmalzgr.* h. t. n. 10. 11. 12. sq. Hinc contra talem praesumptionem iuris et de iure etiam appellatio non admittitur: tum quia is, contra quem militat illa praesumptio, habetur pro convicto et confesso (L. 2. Cod. Quorum appell. non recip. VII. 65.), tum quia ubi probatio in contrarium non admittitur, frustra appellatur; praesumptio autem iuris et de iure non admittit probationem in contrarium.

Porro nec iuramentum pro contrario deferri potest a iudice; id enim tantum fieri potest, quando res est dubia; at causa, pro qua stat praesumptio iuris et de iure, censetur certa.

Ex praesumptione iuris et de iure ferri potest sententia; nam haec post plenam probationem ferri potest.



## § 2. DE VI ET EFFICACIA PRAESUMPTIONIS HOMINIS.

658. Praesumptio hominis vel iudicis nequaquam illud efficit, ut illico onus probandi in adversarium reiiciat, quemadmodum fit in praesumptione iuris (20).

Sicuti praesumptio hominis, levi fundamento innixa, tanquam temeraria non est attendenda a iudice (21) in ferenda sententia (22), ita praesumptio gravis sive probabilis vel discreta, licet ex se sola imperfectam solummodo faciat probationem (semiplenam) (23), accedente tamen iuramento suppletorio, a iudice forte iniuncto, vel concurrentibus aliis praesumptionibus, adminiculis, probationibus, iudici plenam fidem facere potest (23). Tantus enim potest esse cumulus indiciorum ut sufficienter explicari non possit, nisi supposita veritate facti, de quo quaeritur. Qui modus probationis per indicia ne in ipsis quidem causis matrimonialibus excluditur, praesertim si mors coniugis sit probanda (25).

Denique praesumptio hominis, quae vocatur gravissima sive vehemens, vel violenta, probationem quidem in contrarium absolute non excludit; at imprimis hoc ipsum onus probandi transfert in adversarium, et nisi is evidentibus argumentis contrarium probarit, pro veritate accipitur saltem in causis contentiosis sive litigiosis (26). Nam in causis criminalibus, in quibus de capitali poena infligenda agitur (27), etiam vehemens praesumptio non sufficit, ut reus condemnatur ad ordinariam criminis poenam. Ceteroquin ad retinendam culpabilitatem accusati propter delicta, quae ex disciplina nunc vigente in foro ecclesiastico diiudicari et puniri solent,

(20) *Zallinger* h. t. § 285.

(21) Nam iudex non ex temeritate, sed ex prudenti consilio debet procedere tum in praeparanda tum in ferenda sententia. *Santi* h. t. cit. c. Oves C. VI. q. 1.; cap. 43. X. de sent. excomm.

(22) Cfr. c. 13. 19. 20. C. II. q. 1.; c. 9. C. VI. q. 1.; c. 2. C. XXXII. q. 1.; cap. 14. X. h. t.; cap. 44. X. de sent. excomm. V. 39.

(23) Cap. 13. X. h. t.

(24) Cfr. cap. 11. X. h. t.

(25) Cfr. S. C. C. in causa decis. 1. Febr. 1868. et Instruct. S. C. S. O. 13. Maii 1868. in Act. S. Sed. I. c. in font.; *Drost* l. c. p. 70.; *Feije*, De impedim. et disp. matrim. n. 254. sq. n. 443. sq.

(26) Cap. 3. X. de presbyt. non bapt. III. 43.; cap. 2. 10. 12. X. h. t.

(27) Cfr. cap. 14. X. h. t. In hoc capite agebatur de relapsu in haeresim; at qui relabebatur in haeresim, non obstante secunda conversione, igni tradebatur; ergo practice agebatur de poena capitali.

sufficit sane etiam ad poenas ordinarias nunc receptas infligendas illa moralis certitudo delicti, quae quodvis rationabile dubium in contrarium excludat (28).

659. Quemadmodum in aliis probationum generibus contrarietas quaedam existere potest, cum v. g. testis testi contradicat, ita in praesumptionibus conflictus non raro vitari nequit. Quo in casu sane fortior praesumptio vincat necesse est minorem (29). Hinc cum praesumptio iuris fortior sit praesumptione facti, generi per speciem derogetur (30), ordo publicus et naturalis praeferatur studiis privatis et extraordinariis casibus, iudex sequi debet imprimis legis praesumptionem, cuius ipse vindex et executor constitutus est, non proprias coniecturas, praesumptiones generales postponat necesse est specialibus (31), et potius sententiam ferat pro valore actus praesertim in causa favorabili et salutis animae (32).

### Scholion.

*De allegationibus advocatorum et conclusione in causa.*

660. Postquam probationes factorum, quae fiunt per testes, artis peritos, instrumenta aliosque modos legitimos sunt finitae, pro more antiquorum canonistarum dicuntur sequi disputationes et *allegationes* advocatorum, quibus probationes

(28) Quod si dicatur nulla poena sine crimine certo probato, sane in casu certitudo adest; at propter ipsam difficultatem huius probationis merito talis poena infligitur, quae non est irreparabilis. Cfr. Instr. S. C. Ep. et Reg. 11. Iun. 1880. art. 16. Cum iudex ecclesiasticus usque ad prolationem sententiae debeat universa rimari (cap. 2. de V. S. V. 11. in Clem.), ne falsitas veritati praeiudicet, aut iniquitas praevaleat aequitati (cfr. quoque cap. 27. X. de testib. II. 20. ), maxime in praesumptionibus hominis expendendis, quae non raro falli possunt, in singulis casibus maxima requiritur cura et circumspectio, ideoque, ut recte scribit *Devoti* l. c. § 31.: „Cunctae hominis praesumptiones pendent ab arbitrio iudicis, cuius est pro animi sui religione iudicare, quanta in singulis vis insit, et quanta iis fides tribuenda videatur „.

(29) Cap. 8. X. de crim. falsi V. 20. Nam in foro externo iudex procedere tantum potest et ius reddere secundum probata; iamvero maior praesumptio maiorem et perfectiorem efficit probationem; ergo secundum illam iudex procedere debet, non secundum minorem, nisi plane arbitraria ratione agere velit.

(30) R. I. 34. in Sexto.

(31) V. gr. regula generalis est: neminem velle res suas perdere; at specialis est: condonari debitum, si chirographum restituatur creditori.

(32) Cfr. *Schmalzgr. h. t. n. 23. sq.*

factae ab una parte impugnabantur ab altera, et vicissim denuo defendebantur a parte, quae illas protulerat.

Quare apud veteres illos canonistas immediate post titulos de diversis probationibus, at ante titulum de sententia proprius quidam reperitur titulus "de allegationibus," (33). Neque haec praxis nostra aetate recessit a foro ecclesiastico, sed ad instar disceptationis finalis, maxime in causis matrimonialibus et in criminalibus clericorum causis, etiam iuris novissimi sanctionibus nititur (34).

661. Post allegationes partium in disceptatione finali prolatas ultimus actus iudicialis, qui sententiam definitivam de meritis causae praecedat, est *conclusio in causa*. Quae conclusio nihil aliud est, quam actus iudicialis, quo *partes* (35) ulterioribus probationibus et defensionibus renuntiant et controversiam iudicis decisioni submittunt. Conclusio ista in iure Romano iam occurrit (36), neque ab ordinario processu canonico fuit aliena (37), et *Durantis* l. c. immediate post titulum de disputationibus et allegationibus advocatorum proprium ponit titulum cum rubrica "De renuntiatione et conclusione,"; sed solemnitatibus sive formalitatibus substantialibus ex iure antiquo non est adnumeranda (38). Id quod de processu summario, in quo omnino omitti potest, constat etiam expressa declaratione cap. 2. de V. S. V. 11. in Clem. Porro in causa concluditur ab ipsis partibus litigantibus vel eorum procuratoribus mandato speciali munitis; sed iudex quoque ex officio, si iura partium explorata habet, causam conclusam esse decernere potest, ne litigantium ver-

(33) Cfr. v. g. *Pillius* l. c. P. III. § 15. de alleg.; *Tancred.* l. c. P. III. tit. 15. de alleg.; *Gratia* l. c. P. II. tit. 8. eod.; *Durantis* l. c. lib. II. part. 2. de disput. advocator.

(34) Instr. S. C. de Prop. Fide de iudic. eccles. circa causas matr. §§ 22. 23; (Conc. plen. Baltimor. III. a. 1884. p. 266); Instr. *Card. Rauscher* §§ 176. 231.; Instr. S. C. Ep. et Reg. 11. Iun. 1880. art. 34. 35.; Instr. Prag. a. 1869. §§ 77. 78. 79.; *Schulte*, Eheprocess § 58.

(35) Hinc *iudex* ex officio potest et debet ulterius inquirere, si deprehendat, rem nondum esse maturam. Cfr. S. C. Ep. et Reg. 31. Aug. 1832. apud *Droste* l. c. p. 127. Id quod maxime valet in processu matrimoniali, in quo tum tribunal tum defensor matrimonii eas inquisitiones ulteriores requirere et facere *possunt ac debent*, quae ipsis ad complendas probationes necessariae videntur. Cfr. Instr. *Card. Rauscher* § 177.

(36) Authent. iubemus post L. 9. Cod. de iudic. III. 1.; Novell. 115. cap. 2.

(37) Cap. 11. X. de prob. II. 19.; cap. 9. X. de fide instr. II. 22.

(38) *Schmalzgr.* h. t. n. 3. sq.

bis lites protrahantur in infinitum et quia " iurgantium controversias celeri sententia terminare et aequitati procul dubio convenit et rigori „ (39). Denique conclusio fiat necesse est in forma legitima (40).

Quodsi legitime in causa conclusum est (41), acta iudicialia censentur clausa, et regulariter probatio vel exceptio non amplius admittitur (42), nisi in casibus a iure exceptis, velut in causis vinculi matrimonialis (43).

Hinc maxime in istis causis nullitatis matrimonii iudex ecclesiasticus, sive ordinarius sive delegatus, non procedat ad sententiam pronuntiandam, antequam a defensore vinculi exquisita et data fuerit declaratio " sibi nihil amplius deducendum aut inquirendum superesse „ (44).

(39) Cap. 2. X. de sent. II. 27.; *Zallinger* eod. tit. § 401.; cit. Instr. S. C. de Prop. Fide §§ 22. 24.; Instr. Prag. § 77.

(40) Cfr. cit. Authent. iubemus; cap. 11. X. de prob. II. 19.; *Schmalzgr.* h. t. n. 7. 8.; cit. Instr. S. C. de prop. § 22. Hinc alterum illud elementum de decreto iudicis iure merito additur a *Zallinger* h. t. § 401. et *Leuren* h. t. q. 947. Nam nequaquam a solis partibus potest pendere, num ab ulterioribus probationibus sit abstinendum.

(41) Probe distinguenda est " conclusio in causa „ a procedura finali sive a procedura " conclusiva „ (cfr. v. gr. art. 34. et 35. Instr. S. C. Ep. et Reg. 11. Iun. 1880.); nam haec procedura potius praecedit conclusionem in causa et est pars sive clausula termini probatorii, post quam accusatus et reus interrogari possunt et debent, num quid adhuc habeant dicendum.

(42) Cap. 5. X. de caus. poss. II. 12.; cap. 9. X. de fide instr. II. 22.

(43) Cfr. cit. cap. 9. X. de fide instr.; *Schmalzgr.* h. t. n. 9. sq.; *Durantis* l. c. n. 1. sq. Post conclusionem in causa licet exhibere instrumenta et scripturas, quae inserviunt ad declarandas priores probationes, quia declaratio nihil novi affert, Arg. L. 21. § 1. D. qui testam fac. poss. XXVIII. 1. Denique post conclusionem in causa licet exhibere allegationes iuris et requirere consilium a facultate quadam iuridica, quia ita tantum iudex melius instruitur et sententia promovetur. *Schmalzgr.* h. t. n. 16.

(44) Cit. Instr. S. C. de Prop. Fid. § 24.

## SECTIO V.

### DE SENTENTIA IUDICIALI EIUSQUE EXECUTIONE.

#### TITULUS XXXVIII.

##### DE SENTENTIA ET RE IUDICATA.

(*Lib. II. tit. 27. de sent. et re iud.*).

**662. Fontes:** Inst. IV. 17. de officio iudicis; Dig. XLII. 1. de re iudic. et de effectu sententiar. et de interlocutionib.; Cod. VII. tit. 42. de sententiis Praefector. Praetorio 43-61. incl. (1). — C. III. q. 9.; C. V. q. 4.; C. XXXV. q. 9. — Cpl. I. lib. II. tit. 19. de sent. et re iud.; Cpl. II. lib. II. tit. 18. eod.; Cpl. III. lib. II. tit. 18. eod.; Cpl. IV. lib. II. tit. 11. eod.; Cpl. V. lib. II. tit. 18. eod. — Decretal. Gregor. IX. lib. II. tit. 27. eod.; Decretal. Bonifac. VIII. lib. II. tit. 14. eod.; Const. Clem. V. lib. II. tit. 11. eod. — Conc. Trid. sess. XIV. cap. 7., sess. XXV. cap. 3. de ref.; Pii V. Const. « *Inter multiplices* » 21. Dec. 1566.; Bened. XIV. Const. « *Dei miseratione* » 3. Nov. 1741. — Instr. S. C. Ep. et Reg. 11. Iun. 1880. art. 35. — Act. S. Sed. vol. XIV. p. 331. sq.; XVII. p. 156. 582.

**Scriptores:** Comment. iur. Rom. in cit. tit.; Arndts-Serafini l. c. § 116.; Van Wetter l. c. §§ 137. 139. 140.; Vering, Gesch. u. Pand. § 130.; Keller l. c. §§ 71. sq. 83. sq. — Comment. iur. Decretal. in h. t.; Zech, De iud. ecclesiast. P. I. tit. 33. de sent. et re iud.; Devoti, Inst. can. lib. III. tit. 14. eod. — Pillius l. c. P. III. § 16. de sent. diffin.; Tancred. l. c. P. IV. tit. 1. de sententiis et interlocutionib. t. 2-4. incl.; Gratia l. c. P. III. tit. 1. de sententiis diffinitiv.; Durantis l. c. lib. II. partic. 3. tit. de sententia, tit. de executione sententiae; Bouix, De iud. eccl. II. p. 224. sq.; Muenchen l. c. I. p. 203. sq.; Droste l. c. p. 127.; Schulte, Eheprocess § 59.; Lega l. c. I. 602. sq.; Pateri, Dei mezzi per impugnare le sentenze, Torino, 1878.; D'Avossa, La formazione della cosa giudicata nella Sicilia continentale, Napoli, 1884.; Franceschini, Correzione delle sentenze, Bologna, 1894.; Chiopenda, Nuovi saggi di diritto process. civ., IV. Studi sulla cosa giudicata; VIII. Esecuzione provvisoria delle sentenze e inibitorie, Napoli, 1912.

##### Praenotiones.

**663.** Facta conclusione in causa, iudex ecclesiasticus, omnibus probationibus et defensionibus auditis atque perceptis, « usque ad prolationem sententiae debet universa rimari », (2),

(1) Gregorii XVI., Regulam. giud. § 589. sq. Delle sentenze; § 1141. sq. Della esecuzione dei giudicati; Cod. proced. civ. Ital. art. 356. sq.; Cod. proced. civ. Germ. § 272. sq.; Cod. proced. civ. Gall. art. 116. sq.

(2) Cap. 10. X. de fide instr. II. 22.



et nequaquam ad unam tantum speciem probationis applicet mentem suam, sed ex confessionibus, depositionibus, allegationibus et aliis, quae in eius praesentia proponuntur, formet animi sui motum (3). Quibus expletis, si iudex ecclesiasticus non putet sibi ultra exquirendum esse consilium vel votum virorum peritorum (4), neque de iuris quaestione dubitans, relatione ad principem missa, ante sententiam dubii solutionem postulet (5), neque a causae commissae definitione per remissionem eiusdem causae ad committentem Superiorem ecclesiasticum sese liberet (6), tandem sententiam definitivam pronuntiare debet.

### § 1. DE SENTENTIA.

#### I. De notione et divisione sententiae.

664. Sententia in processu canonico est pronuntiatio iudicis ecclesiastici, qua controversia in iudicio proposita dirimitur (7), atque inprimis dividitur in sententiam *definitivam*, qua principalis controversia in iudicium deducta dirimitur et terminatur; et in *interlocutoriam* (8), quam profert iudex inter principium causae et sententiam definitivam super controversia quadam emergente vel incidente (9). Quae sententia

(3) Cap. 6. X. de renunt. I. 9. et praeterea cap. 27. X. de testib. II. 20.

(4) Cfr. cit. Instr. S. Congr. de Prop. Fide § 24.

(5) Cfr. l. II. tit. 28. X. de app., recus. et relationibus cap. 68.; caus. Limburg. decis. a S. C. C. 19. Ian. 1889.

(6) *Durantis* l. c. ante tit. de sent., et post titul. de renunt. et concl. ponit tres titulos de requisitione consilii, de relationib., de remissionib.

(7) Ex ipsa hac notione patet laudum arbitri compromissarii non esse veram ac proprie dictam sententiam. Nam arbiter, nisi sit arbiter iuris, caret iurisdictione. Cfr. de hac materia practica quaedam et utilia apud *Schmalzgr. h. t. n. 22. sq.*

(8) Frustranea et superflua videtur esse controversia, num sententia interlocutoria vera quaedam et proprie dicta sententia sit. Etenim interlocutoria vera est sententia, ut patet, licet non sit definitiva; est enim *species*, in qua definitio *generica* univoce verificatur. Cfr. *Schmalzgr. h. t. n. 25.*

(9) Hinc patet discrimen inter sententiam definitivam et interlocutoriam.

1<sup>o</sup> Quoad *significationem*; nam vox *sententia* simpliciter prolata in iure intelligitur de sententia definitiva, nisi ratio vel circumstantiae insinuant, sententiam interlocutoriam esse intelligendam.

2<sup>o</sup> Quoad *effectum*; quia definitiva terminat sententiam, non vero interlocutoria; pariter per sententiam interlocutoriam nemo fit infamis, ut

interlocutoria, si causae principali non obsit neque spem favorabilis sententiae definitivae auferat, dicitur *simplex*; at si ita praeiudicet negotio principali, ut alia sententia non iam sperari possit, appellatur *mixta* sive *vim definitivae habens* (10).

Definitiva vero sententia in causis civilibus sive litigiis subdividitur in *condemnatoriam rei* et in *absolutoriam a petitione actoris*; sed in causis criminalibus illa sententia vocatur simpliciter *condemnatoria*, qua ab ipso iudice ecclesiastico decernitur poena, secundum iuris dispositionem reo propter delictum infligenda, et distinguitur a sententia *declaratoria*, qua iudex solummodo authentice declarat, reum incidisse revera in poenam delicti, ipso iure ipsoque facto inflictam. Prior illa sententia vim suam tantum habet a die, qua lata est; altera vero a die delicti commissi.

Quamvis sententia interlocutoria vera sit sententia iudicialis, tamen ordinarie non eandem habet vim et efficaciam iuridicam ac sententia definitiva, et multiplici ratione ab illa differt (11). Maxime vero notanda est differentia per Concilium Tridentinum introducta. Etenim ante Concilium Tridentinum etiam a sententiis interlocutoriis potuit appellari; at Sess. XIII. cap. 1. de ref. ista libertas appellandi a sententia interlocutoria est sublata, nisi a sententia interlocutoria definitivae vim habente, vel cuius gravamen per definitivam sententiam vel per appellationem a definitiva reparari nequeat (12).

accidit in sententia definitiva in quibusdam causis criminalibus et in nonnullis aliis.

3<sup>o</sup> Quoad *formam*; nam sententia definitiva ferri debet absolute, parte citata, servato iuris ordine, de scripto; at interlocutoria ferri potest conditionate, neque requirit scripturam, nec solemnem ordinem iudicarium, nec citationem partium.

4<sup>o</sup> Quoad *firmitatem*; nam regulariter sententia interlocutoria ab ipso iudice, qui eam tulit, corrigi et revocari potest, nisi sententia interlocutoria iam fuerit executioni mandata; aut a iudice superiore, ad quem appellatum fuerat, confirmata iam fuerit per pronuntiationem, quod male fuit appellatum; aut lata fuerit de consensu utriusque partis; aut si habeat vim definitivae; aut si iudex appellationem ab interlocutoria sua admisit et a iudice ad quem, ne in causa procederet, fuerit inhibitus. Definitiva autem a iudice corrigi vel emendari nequit.

5<sup>o</sup> Quoad *potestatem appellandi*; nam a definitiva regulariter appellari potest, non autem ab interlocutoria.

(10) *Schmalzgr.* h. t. n. 17. sq.

(11) *Schmalzgr.* h. t. n. 20. 21.

(12) *Bouix* l. c. distinguit tres casus a Conc. Trid. exceptos:

1<sup>o</sup> Si vim habeat definitivae, idest totum ius alicuius absorbear;

## II. De subiecto activo et passivo sententiae.

665. Sententiam validam ferre non potest nisi iudex competens, cum iudex incompetens careat iurisdictione et privato viro aequiparetur (13). Quodsi complures sint iudices delegati, omnes praesentes sint oportet (14), et ex maiore suffragiorum numero ferenda est sententia, si singuli iudices votum habeant decisivum. Si duo sint iudices, iique abeant in diversas sententias, decisioni cap. 26. X. h. t. datae standum est. Hinc si ex iurisdictione ordinaria processerunt, tenet pro reo, non pro actore sententia, nisi in causa favorabili, puta matrimonio, libertate, dote, seu testamento, pro ipso fuerit promulgata; si vero ex delegata potestate, utraque sententia pendet ex arbitrio delegantis (15); tandem si ex compromisso, neutra sententia habet valorem (16). Denique si ex compluribus iudicibus delegatis unus excommunicationis vinculo publice fuit innodatus, sententia non sustinetur (17).

Quamvis ex iure Romano (18), si procurator fuisset constitutus, in procuratorem, non in dominum litis, "cuius persona in iudicio non fuit", sententia condemnatoria esset di-

2<sup>a</sup> Si talis sit, ut post illam sperari nequeat definitiva, v. gr. si iudex pronuntiavit se esse incompetentem;

3<sup>a</sup> Si contineat gravamen, quod per *definitivam aut per appellationem* nequeat reparari, v. gr. si iudex decernat incarcerationem.

At *Bouix* hic in num. 3. evidenter coniungit cap. 1. cit. et cap. 20. Concilii; nam in Concilio Tridentino, ubi ex professo agitur de appellatione, commemoratur tantum gravamen *quod per appellationem* a definitiva sententia reparari non possit; alter iste casus "nisi per definitivam sententiam reparari non possit", refertur cap. 1. sess. XIII., ubi excluditur *appellatio a correctione*.

(13) Cap. 4. X. de iudic. II. 1.; cap. 1. X. de for. comp. II. 1.

(14) Cap. 4. h. t. in Sext.; cap. 22. de off. et pot. iud. del. I. 29.

(15) Cfr. de eadem quaestione duorum iudicum L. 28. D. de re iudic. XLII. 1.: "Duo iudices dati diversas sententias dederunt; Modestinus respondit utramque sententiam in pendentem esse, donec competens iudex unam earum confirmaverit". Cfr. quoque cap. 17. de haeret. in Sext.

(16) Cfr. quoque L. 28. D. de re iud.

(17) Cap. 24. X. h. t.; quod caput ad plures iudices ordinarios applicari nequit, ut notat *Maschal* h. t. n. 7., eo quod his iurisdicatio in solidum competit, et utile per inutile non vitiatur. Porro de delegatis expresse contrarium reperitur cautum; ergo ad ordinarios iudices id extendi nequit. Cfr. *Schulte*, Eheprocess § 8.

(18) L. 1. Cod. de sent. et interloc. VII. 45.

recte pronuntianda, tamen in foro ecclesiastico huiusmodi subtilitates non sunt receptae (19).

### III. De qualitatibus internis sententiae.

666. Sententia imprimis debet esse *iusta*, i. e. debet esse conformis et legibus et iuri litigantium. Quare sententia lata contra certas et claras leges ecclesiasticas, vel consuetudines legitime praescriptas (20), sive "contra ius constitutionis", licet non sit appellatione suspensa, non potest tamen subsistere ipso iure (21), v. g. electionem celebratam a suspensis esse validam (22). Item stari non debet sententiae, quae iniquitatem continet manifestam (23). At si sententia non sit "ita evidenter et notorie contra ius litigatoris" (24), regulariter mero iure valida censetur, donec ab illa appelletur (25); nam praesumptio est pro iudice, quod iustam sententiam tulerit, donec in iudicio appellatorio sententia inferioris instantiae tanquam iniusta reprobetur (26). Imo iudex, qui contra iustitiam et conscientiam quidquam in iudicio fecerat in gravamen partis, condemnatur parti laesae in aestimationem litis et ad reparanda damna, et praeterea iure antiquo ipso facto fuit suspensus per annum ab officio (27).

(19) Cap. 6. X. de rest. in integr. l. 41.; *Muenchen* l. c. l. p. 211.; *Pirhing* h. t. n. 27. sq. Cfr. cap. 1. de arbitr. l. 22. in Sext. de casu, quo de diversis summis pronuntiant arbitri, scilicet standum esse pro minima.

(20) At consuetudo iniqua non potest existere norma, v. gr. si Prae-latus sine solemnitatibus in iure praescriptis alienaret bona ecclesiastica. Cfr. cap. 8. h. t. X.

(21) Cfr. pr. Inst. de offic. iud. IV. 17.; cap. 1. X. h. t.

(22) Cfr. alia exempla apud *Maschat* h. t. n. 5., v. gr. si iudex pronuntia-ret post acquisitionem alterius beneficii incompatibilis primum non vacare ipso iure, quod est contra cap. 28. X. de praeb. et Conc. Trid. sess. VII. cap. 4. de ref.

(23) Cap. 3. X. h. t.

(24) Haec terminologia "ius constitutionis" "ius litigatoris", desumpta ex iure Romano (cfr. L. 1. § 2. quae sententiae etc. XLIX. 8.), etiam expresse recepta est in iure canonico. Cfr. cap. 13. X. h. t.: "attendentes tamen, quod...., etiamsi contra ius litigatoris lata fuisset, quum contra ius constitutionis expresse lata non fuerit....".

(25) Si sententia feratur contra ius respiciens merita causae, tunc solum est *invalida*, si *error iuris* exprimatur in sententia; secus mero iure est valida et subsistet, si ab ea intra 10. dies non fuit appellatum. Cfr. cap. 13. X. h. t., ubi evidenter idem statuitur ac in L. 19. de appell. D. XLIX. 1.

(26) Cap. 13. i. f. X. h. t.; *Maschat* h. t. n. 5.

(27) Cap. 1. h. t. in Sext.; *Muenchen* l. p. 206. sq.

Definitiva vero sententia, quae condemnationem vel absolutionem non continet, pro iusta non habetur (28).

667. Praeterea sententia *conformis* sit oportet *libello* oblato sive petitioni. Quae norma sane accurate observanda est ab arbitris, qui iudicare non valent nisi de his, supra quibus est compromissum (29). At iuxta cap. 6. X. de iudiciis II. 1., ut monet Alexander III., non ita subtiliter “ cuiusmodi actio intentetur „ quaerendum est, “ sed simpliciter et pure factum ipsum „ est inquirendum. Innocentius III. vero cap. 31. X. de simonia V. 3. statuit: “ Iudex officii debitum exequatur eo semper adhibito moderamine, ut iuxta iudicii formam sententiae quoque forma dictetur „. Quae forma iudicii procul dubio non solum libellum, sed etiam acta et probata comprehendit. Hinc tandem Clemens V. cap. 2. de V. S. V. 11. in Clementinis iudici ecclesiastico praescribit, ut “ sententiam proferat, prout ex petitione et probatione et aliis actitatis in causa fuerit faciendum „.

Quare ex iure canonico sententia non soli libello, sed universis actis in iudicio, i. e. allegatis et probatis, est conformanda. Quae praxis ipsa aequitate naturali commendatur, quam sacri canones sequi solent (30). At quamvis Ecclesia a nimis iuris subtilitatibus abhorreat, tamen sententia a toto scopo petitionis non debet deviare neque neglectis legitimis iuris formis est proferenda, ut v. g. constat ex decisione data ab Innocentio IV. cap. 3. h. t. in Sext. (31), ubi via media incedit R. Pontifex atque his verbis mentem suam manifestat: “ Licet aliquibus curiosis, qui de iis, quae non multum expediunt, saepe disceptant, aliter forsitan appareat, quando actum est causa aliqua non expressa, utilius tamen videtur negotia tali expediri compendio, quam per quamdam exactam subtilitatem longo dispendio prorogari, praesertim cum nonnulla pro utilitate communi contra iuris asperitatem ex aequitatis mansuetudine tolerari noscantur „.

668. Denique cum per sententiam definitivam controversiae finis sit imponendus, omnino requiritur, ut sententia pronuntiata sit *certa* sive de re vel quantitate certa (32). Quae

(28) L. 3. Cod. de sent. et interl. VII. 45.

(29) Cap. 6. X. de arb. I. 43.

(30) Cap. 11. X. de trans. I. 36.; cap. 1. X. de dol. et cont. II. 14.

(31) Cfr. in h. cap. 3.: *Passerin*. l. c. et *Pirhing* h. t. n. 32. sq.

(32) Nam sententia incerta est plane inutilis, nullumque scopum practicum attingere potest. Quomodo enim controversia sive res dubia potest



res potest esse certa per se aut per relationem ad libellum aut ad acta iudicialia, in quibus rei specificatio reperitur expressa (33).

Insuper *determinata* sit, non *alternativa*, nisi in casu, quo reo ius eligendi ex iuris dispositione competit (34).

Tandem *pura* sit atque *absoluta*, non *conditionalis*, nisi sit conditio facti, quae statim impleri potest neque ulteriorem requirit causae cognitionem, v. g. si decisio pendeat a iuramento actori vel reo delato (35).

#### IV. De solemnitatibus externis sententiae.

669. Sententia legitima in foro ecclesiastico requirit ex ordine iudiciario:

I. Ut feratur utraque parte legitime citata et praesente. Quodsi una pars est contumax, habetur pro praesente atque ad sententiae promulgationem proceditur (36).

II. Ut promulgetur die iuridico sive non feriato, interdiu, non noctu (37), in loco publico et solito tribunalis, nisi Epi-

finiri et resolvi sententia incerta, idest pariter dubia, et quomodo executio sententiae incertae esset instituenda?

Quare si plures sint litigatores, accurate in sententia est exprimendum, quid unicuique competat, quid unicuique abiudicetur, an forte *pro rata* facienda sit divisio, etc. Cfr. L. 27. D. familiae X. 2.; Inst. de off. iud. IV. 17. §§ 4. 6.; L. 56. § 3. D. mandati XVII. 1.; L. 1. Cod. si plures una sent. V. 55.

Hinc sententia "si rem suam probaverit", non tenet, quia evidenter requiritur ulterior cognitio. Quae res sane pugnat cum sententia vere definitiva.

(33) L. 7. Cod. de sent. et interl. VII. 45.; *Muenchen* l. c. I. p. 208. sq.

(34) L. 2. Cod. de rescind. vendit. IV. 44.

(35) *Schulte*, Eheprocess § 59. Quare generatim sententia sub conditione de praesenti vel de praeterito videtur aequiparari posse sententiae, quae fertur *sine probatione* sufficienti. Talis igitur sententia in causis criminalibus est omnino exclusa, imo etiam in civilibus sive contentiosis, licet in his aliquando effectum iuridicum habere possit.

(36) Cap. 18. X. h. t.; cap. 2. de V. S. V. 11. in Clem.; *Wernz* h. t. V. n. 362.; *Schulte* l. c. § 18. III.; Instr. *Card. Rauscher* §§ 193.-195.; Instr. S. C. de Prop. Fide de iud. eccl. circa caus. matr. § 24. "Sententia subscriptione iudicis et secretarii nec non sigillo curiae episcopalis munita partibus erit notificanda per curiae apparitorem, relicto iisdem illius exemplari, de quo in scripto fides erit facienda"; Instr. S. C. Ep. et Reg. 11. Iun. 1880. art. 35; Decret. S. C. Ep. et Reg. 1. Aug. 1851.; *Droste* l. c. p. 130. Ex his documentis patet, quae sit praxis nunc recepta in foro ecclesiastico publicandi sententias definitivas.

(37) Cap. 24. X. de off. et pot. iud. del. I. 29.; cap. 1. X. de fer. II. 9.

scopus utatur iure suo cap. 7. de off. ord. I. 16. in Sexto expresso. At semper locus honestus sit oportet atque tutus.

III. Ut etiam in processu summario (38) scripto concipiat (39), et ex scripto (40) recitetur et publicetur (41), expressis nominibus iudicis, et litigatorum (42), et si plures sint iudices vel arbitri, "is, qui recitat sententiam, non utatur verbis singularis numeri, sed pluralis, ut dicat: Nos tales iudices vel arbitri pronuntiamus sive statuimus in hunc modum „ (43). Quae recitatio sententiae fieri debet ab ipso iudice, non ab alio, "alias nec nomen mereatur habere sententiae, nec ab ea sit appellare necesse; Episcopo tamen, quem propter dignitatis praerogativam ampliori convenit honore fulgere, sententiam ab eo ferendam licebit ad instar illustrium personarum per alium recitare „ (44).

IV. Ut a iudice sedente, non stante recitetur; etenim "sententia, quam scriptam edi a iudice litigatoribus, non recitari, vel quam ab ipso stando, non sedendo, proferri contingit, nullius penitus est momenti „ (45), exceptis causis per summarium proceduram definiendis, in quibus iudex, "prout magis sibi placuerit stans vel sedens, „ sententiam recitare et promulgare potest, ut patet ex diserta dispositione cap. 2. de V. S. V. 11. in Clementinis (46).

(38) Cfr. cit. cap. 2. V. 11. in Clem.

(39) Cfr. c. 7. 8. C. II. q. 1. Sententia interlocutoria propria scriptura non est conficienda; at constare debet de illa ex actis. Cfr. *Wernz* hoc t. V. n. 361. Exceptae etiam sunt a forma scripta sententiae causae minoris momenti. Cfr. Auth. "Nisi breves" ad L. 3. Cod. de sent. ex peric. recit.; Glossa ad cap. 5. h. t. in Sext.

(40) "Sententiam vero definitivam citatis ad id, licet non peremptorie, partibus, in scriptis et prout magis sibi placuerit stans vel sedens proferre „ Cfr. cit. cap. 2. in Clem. Ergo etiam in processu summario scripta forma in sententia requiritur.

(41) Nam sententia definitiva per iudicem mutari non potest, ac facile error vel dubitatio existeret, nisi scripto conciperetur et ex concepta scriptura pronuntiaretur. Cfr. L. 2. 3. Cod. de sent. ex peric. recitand. VII. 44.; c. 8. C. II. q. 1.; cap. 2. de verb. signif. V. 11. in Clem.

(42) Cap. 9. i. f. X. de prob. II. 19. Ex hoc cap. patet nomina litigatorum et iudicum esse exprimenda. Idem deduci potest ex cap. 4. h. t. in Sext.

(43) Cap. 4. 5. h. t. in Sext.

(44) Cfr. cit. cap. 5. h. t. in Sext. Cfr. Instr. S. C. de Prop. Fide (1883.) § 24. et Instr. *Card. Rauscher* § 195., quae in publicanda et ferenda sententia vel ab ipsis Clementinis recedunt. Cfr. *Schulte*, Eheprocess p. 192.

(45) Cit. cap. 5. h. t. in Sext.

(46) *Zallinger* autem III. 27. § 409. dicit: "Patet in eiusmodi externis consuetudini tribunalium inhaerendum esse; nec formalitates observan-

V. Quamvis ex iuris communis sanctionibus (47), motiva absolutiois vel condemnationis tenori sententiae *ordinarie* non debeant inseri, tamen, si infligatur excommunicatio, in sententia causa excommunicationis est exprimenda (48); item enuntiari debet causa in criminalibus causis, aut si in iudicio appellationis sententia primae instantiae revocetur (49), aut si iure particulari huiusmodi laudabilis praxis inserendi omnia motiva etiam aliis in causis generatim praescribatur (50). S. Congregationes Cardinalium in Urbe hanc praxim non sequuntur (51).

### V. De revocatione sententiae.

670. Iudex ecclesiasticus interlocutoriam quidem sententiam a se latam revocare potest, cum interlocuendo iurisdic-

das in causis levibus et vilium personarum „ Quae tamen quoad ultimam partem non sunt admittenda; nam personis inferioris conditionis eodem modo iustitia est administranda, et certe in foro ecclesiastico haec distinctio nostra aetate non servatur, v. gr. in processibus matrimonialibus.

(47) Wernz h. t. V. n. 361.

(48) Cap. 1. de sent. excom. V. 11. in Sext.; Kober, D. Kirchenbann p. 168. sq. 172. sq.

(49) Cfr. Gloss. ad cap. 16. X. h. t. v. exprimantur; cap. 18. X. h. t.

(50) Cfr. cit. Instr. S. C. de Propag. Fide § 24.; Zech l. c. § 430.; Schmalzgr. h. t. n. 61.; Schulte l. c. § 59.; Muenchen l. c. I. p. 210. sq.; Droste l. c. p. 130.

(51) Varias rationes assignant varii auctores, ob quas SS. Congregationes in Urbe suis decisionibus motiva non inserunt, e quibus sane non omnes sunt concludentes. Sic v. gr. non videtur concludens ratio allata a Santi h. t. n. 11., quam sic effert: „ Ratio autem haec esse videtur, quia cum ipsae constituent tribunal Rom. Pontificis, sua decreta edunt *ad instar legis*; legislator autem simpliciter suam voluntatem manifestat et iubet, quin motivum legis suae exprimere teneatur „ Nam quamvis legislatores *non teneantur* reddere rationem suae legis, hoc tamen a legislatoribus saepissime fit, et *fere semper* ipsi Rom. Pontifices solent dare rationem suae legis, ut patet ex Decretalibus et Constitutionibus pontificiis. Praeterea nimis generaliter dicitur, Congregationes Romanas sua decreta edere ad instar legis. Nam si quaestio est. *non quidem de decretis*, quibus aliquando SS. Congregationes aliquam edunt legem de mandato Rom. Pontificis (et in quibus *ordinarie* addunt rationes), sed *de decisionibus in causis particularibus*, profecto suis responsionibus leges non dant, quae ab ipsa natura rei excluduntur. — Una porro ex melioribus rationibus, quae ad hoc afferuntur, illa sane est, quod SS. Congregationes retineant illam praxim quondam „ in plerisque locis „ receptam, ut dicitur cap. 16. X. h. t. Hoc autem multo melius intelligitur in disciplina inducta per Const. „ *Sapienti consilio* „, qua Congregationes Romanae, ut plurimum, procedunt tantum tamquam *dicasteria administrativa*, non autem tamquam tribu-

ctionem non amittat, ideoque nec iudex esse desinat (52); verum sententiam definitivam, quae valida esse censetur, neque ordinarius neque delegatus iudex revocare aut corrigere valent (53): et sententia illa revocatoria nulla et irrita existeret (54); nam iudex postquam semel sententiam tulit, iudex esse desinit et functus est officio suo; at actorum verba emendare, vel errorem computationis, tenore sententiae per-severante, non est prohibitum (55). Quodsi sententia fuerit invalida, iudex ordinarius illam revocare atque corrigere potest, non delegatus (56).

## § 2. DE RE IUDICATA.

### I. De notione et tempore rei iudicatae.

**671.** Res iudicata duplici ratione accipi potest. Significat enim haec vox ipsam controversiam, quae iudicis pronuntiatione finem accepit (57): quo sensu res iudicata est effectus a sententia tanquam a causa productus. Communiter res iudicata denotat ipsam sententiam iudicis definitivam, non statim postquam lata est, sed cum neque de facto per appellationem suspensa est, neque per eandem propter decendium iam elapsum amplius suspendi potest (58).

Sententia rite pronuntiata transit ordinarie in rem iudicatam, si victus pronuntiationi iudicis aut expresse acquiescit aut tacite, si ad provocationis subsidium intra decem dies non recurrit, "cum per hoc videatur per interpretationem iuris latae sententiae paruisse, praesertim ubi causa non redditur appellandi," (59). Imo Bonifacius VIII. cap. 8. de appell. II. 15. in Sext. decendium illud etiam extendit ad appellationes extraiudiciales, computandos ab eo die, quo quis se gravatum sentiret.

naliam, et in sua procedura viam administrativam ipsis propriam sequi tenentur. Contrarium obtinet in S. Rota. Cfr. Lex propr. Rotae can. 32. § 3.

(52) Cap. 60. X. de appell. II. 28.; cap. 10. eod. II. 15. in Sext.

(53) L. 55. 62. D. de re iud.; cap. 9. X. de off. et pot. iud. deleg. I. 29.

(54) L. 1. Cod. de sent. rese. VII. 50.

(55) *Muenchen* l. c. I. p. 213. sq.

(56) Cap. 9. 26. X. de off. et p. i. d. I. 29.; *Schmalzgr.* h. t. n. 78. sq. *Maschat* h. t. n. 8.

(57) L. 1. D. h. t.

(58) *Schmalzgr.* h. t. n. 62. sq.

(59) Cap. 15. X. h. t.; Novell. 23. cap. 1.

Verum non pauci sunt casus, quibus sententia non transit in rem iudicatam, sed controversia denuo tractari potest (60). Huc spectant praesertim causae de vinculo coniugali, quae nunquam transeunt in rem iudicatam (61); causae beneficiales, si contra victorem probetur nullitas tituli (62); causa, in qua sententia lata sit ex solis instrumentis et testimoniis notorie falsis et per testes pecunia corruptos (63); causae censurarum (64).

## II. De vi et efficacia rei iudicatae.

672. Sententia, quae transiit, " in auctoritatem rei iudicatae „, sane non illud efficere potest, ut debitor malae fidei, per sententiam sibi propitiam in foro externo ab onere solvendi liberatus, etiam in foro interno ab obligatione naturali liberetur. Verum etiamsi quis litigator bonae fidei existit et a iudice absolutus fuit a debito solvendo, non obstante auctoritate rei iudicatae, ad solutionem in foro conscientiae omnino obligatur, quando ex instrumento postea reperto clare agnoscit se debitorem fuisse (65).

Quod si iudex iam definitivam sententiam a se latam rescindere nequit, multo minus id facere potest, postquam obtinuit auctoritatem rei iudicatae, nisi in casibus a iure exceptis (66).

(60) Cap. 7. X. h. t.

(61) Cfr. cap. 7. 10. 11. X. h. t. Act. S. Sed. vol. XIV. 331. 332.

(62) Cap. 46. i. f. X. de appell. II. 28.

(63) Cap. 22. X. h. t.

(64) Cap. 36. X. de offic. et pot. iud. deleg.; cap. 48. X. de sent. excom. V. 39.; *Schmalzgr.* h. t. n. 64. sq. 73. sq.

(65) Ita cum Innocentio IV., *Maschal* h. t. n. 11., *Zallinger* h. t. §§ 413. 414. aliisque omnino tenendum videtur contra *Ioann. Andree*, *Schmalzgr.* h. t. n. 69. sq. Etenim res iudicata nullibi in iure enumeratur inter modos acquirendi, atque adeo L. 60. pr. D. de condict. indeb. XII. 6. dicitur: " Licet enim absolutus sit, natura tamen debitor manet „. Porro praesumptio, qua nititur auctoritas rei iudicatae, cedere debet veritati certo cognitae et iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiozem. Quibus regulis consonat decisio data ab Innocentio III. cap. 2. X. de purg. vulg. V. 35., neque multum urgent rationes adversariorum, et imprimis non concludunt argumenta ex paritate cum praescriptione petita, quae spatio complurium annorum, non decennio, absolvitur.

(66) *Zallinger* h. t. § 415. Si rescriptum a Rom. Pontifice impetratum est contra sententiam prius ab eo latam, in quo illius non fit mentio, ipsum et collatio beneficii per illud facta invalida est, ut patet ex cap. 12. X. h. t.



Porro res iudicata, quoad litigatores, ius facit inter partes et ad obediendum obligat (67), tertio autem nec prodest nec nocet (68), nisi causae sint connexae (69), vel is, cui primum de ea re actio vel defensio competebat, sustinuit sequentem agere, vel nisi quis passus sit eum, a quo causam habuit, experiri (70). Quoad ipsam controversiam, pro veritate accipitur et finem imponit liti. Unde vincenti actori competit *actio iudicati in factum*, reo vero absoluto *exceptio rei iudicatae*, quae ipsum ingressum litis novae ab actore forte intentatae omnino impedit. Denique in certis delictis potest producere infamiam, nisi fama reservetur a iudice (71).

Sententia iudicialis etiam a Rom. Pontifice prolata, nisi intentionem habeat simul ferendi legem universalem, eamque rite universae Ecclesiae promulget, per se vim legis universalis non habet, sed ius solummodo constituit inter partes (72).

### § 3. DE EXECUTIONE SENTENTIAE.

#### I. De subiecto activo et passivo executionis.

**673.** Executio (73) sententiae fieri potest et debet, exclusa privata victoris auctoritate (74), ab eo iudice, qui illam tulit, saltem si fuerit ordinarius, neque ulla facta sit appellatio (75).

(67) Cap. 13. X. h. t.

(68) Cap. 17. X. h. t.

(69) V. gr. sententia pronuntiata contra indigne ordinatum praeiudicat ordinanti, et sententia lata contra valorem testamenti praeiudicat legatario.

(70) Cap. 25. X. h. t.; *Zech* l. c. § 433.; *Zallinger* h. t. § 411.

(71) Cap. 23. X. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 78.

(72) Cap. 19. X. h. t.; *Zallinger* h. t. § 412.; *Maschal* h. t. n. 10.; *Suarez*, De legib. lib. III. c. 15. n. 11. sq., lib. IV. c. 14.; *Wernz*, Ius Decret. t. I. n. 146. 253.

(73) Executio, quae est actus iudicialis, quo *vere* victori praestatur, quod per sententiam [*verbis*] obtinuit, ut facile patet, in sententia mere absolutoria non est necessaria, imo ne in omnibus quidem sententiis condemnatoriis requiritur. Cfr. *Bouix* l. c. II. p. 239.

(74) Quare Ecclesia quoad executionem sententiae pariter secuta est aequitatem et prudentiam naturalem, quae ad bonum societatis omnino exigit, ut sicut sententia lata est publica auctoritate, ita *publica* quoque auctoritate executioni mandetur, ne novae rixae oriantur, et certo ac efficaçiter constet de executione facta. Idem conficitur ex iure Iustiniano ab Ecclesia recepto.

(75) Cap. 26. X. de offic. et pot. iud. deleg. I. 29.

Quod si interposita fuit appellatio, sententia inferioris iudicis, in superiore instantia confirmata, iuxta complures scriptores pro executione remittenda est ad iudicem, a quo appellatum fuerat; etenim iudicium, ubi lata est sententia, ibidem etiam per executionem convenientem finem accipiat necesse est (76). Quae opinio extendi non potest ad sententiam per iudicem superiore reformatam, quam ipse solus exequi potest (77).

Quae potestas exequendi sententiam latam competit etiam delegatis Romani Pontificis, et probabilius etiam iudicibus delegatis ab inferiore Praelato, nisi specialis restrictio mandato delegationis sit appositae (78). At quoniam de hac re nondum certo constat, prudenter in praxi inferiores Praelati, v. g. Episcopi, si velint etiam executionem delegare, hanc facultatem in instrumento delegationis potius disertis verbis exprimunt (79). Minime vero arbitri compromissarii sua lauda vel arbitria exequi possunt.

Qui iudex per se potest exequi sententiam latam, is etiam per alium iudicem vel habilem executorem deputatum vel requisitum rem iudicatam executioni mandare valet (80).

Et quamvis merus executor nec de meritis causae cognoscere, neque exceptiones contra executionem admittere possit, tamen executionem sententiae manifeste invalidae vel iniustae neque potest neque debet facere (81).

Sententia exequenda est in persona et in bonis illius, qui per sententiam victus est, suoque nomine litigavit; hinc contra procuratores, syndicos, tutores atque curatores condemnati non procedit executio; bene vero contra illius haeredes, qui

(76) *Pirhing* h. t. n. 99. Nam per appellationem suspenditur iurisdictio inferioris iudicis et ad iudicem superiorem devolvitur. Hinc v. gr. *Schmalzgr.* aliique solummodo admittunt executionem, si tacita tantum habeatur confirmatio, v. gr. si reiiciatur appellatio ob elapsum decendium, non vero si de meritis causae nova fiat discussio. At *Pirhing* contra *Laymann* simpliciter asserit executionem remittendam ad iudicem inferiorem.

(77) Cfr. decret. S. C. Ep. et Reg. 18. Dec. 1835. pro causis criminalibus art. 13. "Prolata sententia (i. e. a S. C. Ep. in casu appell.) una cum omnibus actis causae ad eandem curiam episcopalem remittitur, ut eam exequatur". Cfr. *Schmalzgr.* h. t. n. 96. 97.

(78) Cap. 5. X. de off. et pot. iud. deleg.; *Schmalzgr.* h. t. n. 95.; *Pirhing* h. t. n. 99.

(79) *Scherer* l. c. I. p. 417.

(80) Cap. 5. X. h. t.; cap. 1. X. de off. iud. ord. I. 31.; cap. 10. X. de iud. II. 1.

(81) Cap. 28. § 3. X. de off. et pot. iud. deleg. I. 29.; *Schmalzgr.* h. t. n. 104. sq.; *Vering*, Inst. iur. eccl. § 184. not. 78.; *Bouix* l. c. II. p. 244. sq.

universaliter in defuncti iura passiva et activa successerunt, aut in fideiussores (82).

## II. De tempore et modo executionis.

674. Nulla sententia, sive in causa civili sive in causa criminali, in actionibus realibus vel personalibus lata, executioni mandari potest, antequam transierit in rem iudicatam. Quare quotiescumque in foro ecclesiastico appellatio a sententia primae instantiae est permissa, nunquam ante decendium elapsum ad executionem sententiae latae procedere fas est; at iis in actionibus criminalibus, quibus appellationis beneficium negatur, per se executio sententiae statim fieri potest; item in actione reali, si res ipsa, quae exstat, tradi possit, statim post elapsum decendium fieri non prohibetur. In actionibus et debitis personalibus tempus concessum a iure ad solvenda debita est quadrimestre, quod computandum est a die, qua edita, vel si appellatum fuit, a die, qua confirmata est sententia (83). Praescriptum illud quadrimestre pro prudenti iudicis arbitrio potest contrahi vel produci (84).

Cum fit executio, certus modus et ordo est observandus. Etenim fieri debet imprimis in ea re, ad quam quis restituendam fuerat condemnatus (85). Nam executio est perficienda secundum iudicis sententiam, neque aequitati naturali convenit, ut creditori invito pro re sua, si exstat, aequivalens restituitur; et vi quoque adhibita, si opus sit, res debitori est auferenda. Quod si res in condemnationem deducta non amplius existat, vel tradi non possit, tum demum aestimatio illius victori debet restitui. Quae si a reo victo denegatur, tandem etiam per oppignorationem et executionem realem in bonis mobilibus vel immobilibus est capienda (86).

Is, contra quem in aliqua causa tres sententiae conformes

(82) *Schmalzgr. h. t. n. 100. et 101.; Muenchen l. c. I. p. 217.*

(83) *Cap. 15. X. h. t.; cap. 26. X. de off. et pot. iud. deleg.*

(84) *Schmalzgr. h. t. n. 98. sq.; Devoti l. c. § 14.*

(85) *Cap. 6. X. h. t.*

(86) *Devoti l. c. § 16. sq.; Schmalzgr. h. t. n. 102. 103.; Devoti l. c. p. 155. sq.; Vering, Inst. iur. eccl. l. c. At nostra aetate id ob denegatum brachium saeculare fieri non potest, praesertim in iis materiis, quibus potestas civilis, contra iuris divini vel humani sanctiones, sese existimat exclusive competentem, v. gr. in causis matrimonialibus. Quare tandem aliquando ad poenas spirituales erit confugiendum. Cfr. Conc. Trid. sess. XXV. cap. 3. de ref. et cap. 26. X. de off. et pot. iud. del. I. 29.*

latae sunt, ad agendum de nullitate ipsarum vel alicuius ex eis nullatenus admittendus est, donec huiusmodi sententiae plenarie fuerint executioni mandatae (87).

Sententia, quamvis contra principalem actorem in iudicio iam lata sit, tamen tertio, cuius interest, non nocet, ita ut etiam appellari possit a sententia lata et executio illius suspendatur, donec etiam causa illius tertii legitime appellantis, postquam sententiam latam cognovit, plene tractata fuerit (88).

### Scholion I.

#### *De expensis iudicialibus.*

**675.** In definitiva sententia, ut plurimum (89), iudex non solum debet decidere causam principalem, sed eam quoque incidentalem causam, quae ex natura rei principali semper est coniuncta, scilicet quaestionem expensarum. Quamvis enim in foro ecclesiastico administratio iustitiae sit omnino gratuita, fieri tamen nequit, quin plures exigantur expensae. Necesse namque est ut cancellariis, notariis, tabellionibus aliisque huiusmodi personis sua sarta sint iura, et pro labore, quem impendunt, sua sit constituta merces.

Impensae etiam necessariae sunt pro necessaria defensione, pro advocatis scilicet, pro procuratoribus, pro testibus, pro peritis. Exinde evidenter patet quaestionem exoriri cuinam huiusmodi impensae sint ferendae, num scilicet actori, an reo, an utrique. Ad hanc quaestionem solvendam diversis ex principiis diversae legislationes processerunt. Nonnullae antiquiores, et perpaucae inter recentiores, refectionem

(87) Cap. 1. h. t. in Clem. Constitutio haec locum habet tum in sententiis definitivis tum in sententiis interlocutoriis, et etiam in causis criminalibus, si executio sententiae postea retractari potest.

Facta executione actio vel exceptio non prohibetur, ne innocens nimis gravetur.

(88) Cap. 17. X. h. t.; *Pirhing* h. t. n. 111. sq.

(89) *Ut plurimum.* Nam quaestio haec incidens de expensis resolvitur etiam per se potest in separata sede. Quod quidem recte fit praesertim quando liquida iam causa principali et nondum liquida hac quaestione incidenti, deberet secus iudex ipsi quaestioni principalis definitioni supersedere. Quod multo magis obtinet, quum quaestio sit de *taxatione* expensarum. Cfr. causam Alexandrinam coram Sebastianelli 15. Mart. 1909.; causam Mediolanen. coram Lega 23. Mart. 1909.; causam Pharen. coram Sincero 29. Iul. 1909.

expensarum existimarunt poenam malae fidei illius, qui victus erat, infligendam. Quae mala fides cum praesumi generatim non possit, refectionem iudicarunt per exceptionem tantum infligendam esse. Aliae contra praesumptionem omnino contrariam amplexatae sunt, scilicet victum legaliter in culpa esse quia sine iure litem aggressus est, quin iudex inquirere debeat num bona an mala fide ipse egerit. Aliae tandem refectionem considerarunt tamquam elementum necessario concurrens ad integram tutelam iuris per sententiam declarati. Codices, qui ex duabus postremis considerationibus processerunt, admittunt compensationem totalem in casu, quo ambae partes partialiter succubuerint (90). Secundum *Mortara*, l. c., Codex italicus fundat refectionem expensarum in conceptu generico commissae fidei et assumptae obligationis, de qua respondere quis debet (*responsabilità*), quae exsurgit ex errore etiam involuntario susceptae amissae litis. Hinc expensarum taxationem remittit prudenti arbitrio iudicis eiusque aequitati.

676. Iure nostro canonico, si ius commune attendamus, expensae iudiciales consideratae fuerunt tamquam poena temere litigantium, et admissa fuit praesumptio iuris victum non habuisse legitimam litigandi causam. Quapropter regula generalis deducta exinde est victum victori in expensas esse condemnandum. Quum haec sit praesumptio iuris, probationem in contrarium admittit. Quare regula generalis plenius enunciari potest: victus victori in expensis est condemnandus, nisi probetur iustis et legitimis de causis litem iniisse. Dicebamus: si ius commune attendamus. Nam varia tribunaalia varium etiam stylum habuerunt. Sic v. gr. Rota eam praesumptionem iuris, victum temere litigasse, erexit in suo tribunali ad praesumptionem iuris et de iure, contra quam proinde probationem non admisit. Quam consuetudinem testatur nobis inter alios *De Luca* (91), qui eam improbat (92). Attamen Rota aequitate ducta aliquando iuris rigorem mitigavit, vel potius ex diversis principiis ad diversam aliquando devenit conclusionem, condemnando in expensis ipsum victorem, si de fraude et mendacio convictus fuit, ut cum ad ultimum alia documenta produxit.

(90) *Mortara* l. c. n. 503.

(91) Relatio Rom. Cur. disc. 32. n. 103.

(92) De iud. disc. 39. n. 11.



Etiam Codex Gregorianus seu *Regolamento legislativo e giudiziario per gli affari civili*, a Gregorio XVI. pro tribunali Status pontificii promulgatus (quamvis stricte ad forum nostrum non pertineat) stylum Rotae secutus est, aggravans quoque. Nam extendit obiectum expensarum iudicialium, ut postea videbimus, et simul statuit principium (§ 605): " Ogni sentenza definitiva condannerà il soccombente alle spese „.

S. Rota per Const. "*Sapienti consilio* „ a Pio X. instaurata, ex mente ipsius Pianae Constitutionis (93), relicto antiquae Rotae stylo, ad normas rediit iuris communis, et saepissime edixit expensas inter partes esse compensandas (94).

Quae expensarum compensatio tunc praecipue, ut ex ipsis principiis patet, facienda est, cum utraque pars partim victrix partim vieta fuit. Quod optime explicatur in Codice procedurae civilis Austriaco § 43., ubi habetur: " Se ciascuna delle parti riesce in parte vittoriosa e in parte soccombente, le spese saranno a vicenda compensate o proporzionalmente ripartite.... Però anche nel caso che la lite venga così definita, il giudizio può imporre ad una delle parti la rifusione di tutte le spese derivate all'avversario e al suo interveniente accessorio, quando l'avversario sia rimasto soccombente soltanto in una parte relativamente insignificante della sua pretesa, per far valere la quale non furono oltre a ciò cagionate spese particolari, oppure quando l'importo della pretesa, da lui sollevata, fosse dipeso dalla fissazione affidata alla discrezione del giudice, dal rilievo peritale o da una liquidazione vicendevole „.

677. Si autem quaeramus quid veniat nomine expensarum iudicialium, eae reducuntur ad honoraria advocatorum et procuratorum nec non ad taxas cancellariae tribunalis solvendas pro variis actis iudicialibus, quaeque inserviunt ad debitam mercedem administris tribunalis solvendas; ad sumptus necessarios pro testibus producendis, instrumentis, peritis etc.; tandem ad expensas necessarias pro victu et itinere litigantium. Antiqua Rota, ut testatur *De Luca* (95),

(93) Lex propria can. 19. § 1. 2., can. 43.; App. de taxatione expensarum iudicialium cap. 1. n. 6. et cap. 3. n. 13.

(94) Cfr. causam Segusinam coram Lega 6. Apr. 1909., causam Alexandrinam coram Lega 14. Iun. 1909., causam Nullit. matr. coram Sincero 28. Maii 1909.; causam Adiaecen. coram Prior 21. Iun. 1909.; causam Nullit. matr. coram Heiner 29. Iul. 1909.

(95) De iud. cit. disc. 39. n. 17.

strictius intellexit expensas iudiciales easque cohibuit ad expensas *vivas* consistentes in registris, citationibus, notis sententiarum et similibus (96), quas *De Luca* loco nuper citato sic explicat: “ Atque appellantur expensae vivae, *factae* scilicet *pro actis iudicialibus* tantum; istae solum veniunt in huiusmodi condemnatione.... non autem aliae longe maiores, quas litigantes pati oportet in advocatis, procuratoribus, sollicitatoribus, legentibus, copistis, muneribus etiam licitis et solitis, et similibus; atque respectu advocatorum et procuratorum ac copistarum in Rota solum habetur stylus decernendi quamdam modicam summam scutatorum decem pro qualibet instantia „. Latius etiam intellexit expensas iudiciales Codex Gregorianus, qui § 1773. statuit: “ Sotto il nome di spese si comprendono anche gli onorari degli avvocati e le funzioni de' procuratori „.

678. Ultima autem liquatio seu taxatio expensarum iudicialium, tum in foro nostro tum in foro civili, remittitur prudenti arbitrio iudicis, nisi agatur de expensis, pro quibus legitima quaedam taxatio iam fuerit statuta (97).

Principium autem generale ad hanc taxationem faciendam est *necessitas defensionis*. Recte proinde Codex procedurae civilis Austriacus § 41 dicit: “ La parte che soccomba *completamente* nella lite, deve rifondere al suo avversario, come pure all' interveniente accessorio a questo acceduto, tutte le spese *cagionate dal processo*, *necessarie* per una opportuna persecuzione e difesa dei diritti. Nel fissare l'importo delle spese, il giudizio dovrà, senza ammettere un procedimento probatorio, secondo la sua discrezione guidata da una accurata valutazione di tutte le circostanze, determinare quali spese debbano riguardarsi come necessarie „. Codex vero Italicus a. 376. quasdam praebet normas pro taxatione, quarum praecipuae sunt duae sequentes: 1° ut in expensis non comprehendantur actus, qui ut *superflui* fuerint recogniti: 2° ut in taxatione admittantur tantummodo expensae *unius procuratoris*, etiamsi plures fuerint constituti, quando agitur de personis, quae potuissent uno procuratore uti (98).

(96) Cfr. sententiam Rotae in cit. causa Alexandrina 14. Iun. 1909.

(97) Lex propria Rotae, App. cap. III. n. 13.; Cod. proc. civ. Austr. § 41.; Cod. proc. civ. Ital. a. 375.

(98) *Mortara* l. c. n. 507. addit: “ Notisi bene che la legge parla di *procuratori*, non anche di *avvocati*; può essere inutile farsi rappresentare da più procuratori ed utilissimo invece farsi difendere da più avvocati. Tut-

Addit *Lega* l. c. I. 672. hanc practicam observationem  
 “ Utile est in his controversiis iuramentum *aestimatorium in litem* (arg. cap. ultim. de his quae vi metusve X. I. 40.), ex quo taxatio expensarum a parte, cuius interest, vel a iudice facta, confirmatur iuramento partis, quae indemnitas fieri debet „.

679. Aliquando pars quaedam non ex simplici temeritate absque dolo litem instituit, sed dolus quoque adfuit. Tum pars, quae dolose egit, condemnari debet, ut salva sit iustitia, non solum in expensas, sed etiam in *interesse* seu in damna, quae exinde alteri parti indirecte provenerunt. Casus praecipui, in quibus hoc verificatur, sunt casus *contumaciae* et *plus petitionis*. Sed de his satis diximus suis locis.

### Scholion II.

#### *De cautione praestanda.*

680. Ex ipsa obligatione, quae partibus incumbit, moderatas solvendi taxae tribunali pro mercede administrorum, et ex obligatione, quae forte per sententiam iudicis parti victae imponetur reficiendi expensas parti victrici, sequitur non immerito praescriptum quoque esse in omnibus generaliter legislationibus, praestandas esse a partibus in ipso litis initio cautiones pecuniarias, quae ex una parte certam reddant, saltem partialiter, satisfactionem praedictae obligationis, et ex altera difficiliore reddant lites temerarias et ex malitia ab actore in reum intentatas. Cautiones huiusmodi vario modo dandae sunt pro variis legislationibus, et generatim vel deponenda iubetur in cancellaria tribunalis proportionata pecuniae summa, vel inducendus praescribitur fideiussor qui solvendo sit, vel etiam praemittitur ut hypotheca obligetur res, quae legalem securitatem praestat.

Iure nostro canonico generatim speciales quoad hanc cautionem praestandam non habentur dispositiones, sed res remissa est prudenti iudicis arbitrio. Attamen in S. Rom. Rota Lege propria vel potius Appendice ipsi adnexo cap. I. n. 7. statutum est: “ Ad occurrendum expensis iudicialibus univ-

tavia deve in pratica essere osservata anche per questo riguardo la più scrupolosa moderazione e tenere per norma costante che ogni lusso di difesa deve stare a carico di chi desidera procurarselo „.

pro prudenti Ponentis arbitrio pecuniae summa a 100. ad 500. libellas „.

Haec norma pro S. Rota praescripta non immerito tribunalibus dioecesanis praebere potest normam, quam in singulis causis, proportionem habita, sequantur.

### Scholion III.

#### *De beneficio pauperum* (99).

681. Si ex una parte iustum est ut moderatae taxae pro administratione iustitiae a litigatoribus solvantur, quorum alteri, victori scilicet, unice prodest directe; evidens tamen ex altera parte est in Statu bene ordinato fieri non posse ut administratio iustitiae non omnibus pateat, iis non exclusis, qui statutas taxasolvere nequeunt.

Hanc socialem necessitatem omnes Codices recognoverunt et civiles legislationes. Hinc in Italia ex. gr. antiquioribus iuribus habitum est officium advocatorum et patronorum pauperum. De quo iuridico instituto non immerito scribebat *Zavateri* (100): “ L’ufficio dell’avvocato e del procuratore dei poveri era una specie di *pubblico ministero*, istituito non più nell’interesse diretto dello Stato, ma nell’interesse immediato dei privati, che non si trovavano in grado, per difetto di mezzi economici, di far valere i loro diritti in giudizio. Era bello il vedere nei giudizi penali, da una parte il pubblico ministero, il quale invocava in nome dello Stato tutto il rigore della legge contro l’accusato, e dirimpetto l’avvocato dei poveri, che in nome pure dello Stato ne esponeva la difesa „.

682. Ecclesia, cui adeo semper cordi fuit defensio pauperum, ut eis iustitiam ipsa redderet etiam in causis profanis, si quando eadem ipsis a iudice laico denegaretur (101), non solum non fuit inferior in hoc societatibus civilibus, sed

(99) Cfr. *Dubuer*, Etudes sur l’institution de l’avocat des pauvres etc Paris, 1847.; *Dorigny*, De l’assistance judiciaire et des immunités accordées aux indigents, Paris, 1851.; *Reitz*, Zur Geschichte des Armenrechts, in Zeitschr. f. R. G. II. 421. ss.; *Fuchs*, Ueber die geschichtliche Entwicklung des Armenrechts in Civil. processe, in Zeitschr. f. R. G. V. 104. ss.

(100) *Zavateri*, L’ordinamento giudiziario e la giurisdizione civile, Pistoia, 1867. p. 157.

(101) Cap. 10. 11. 15. X. de foro comp. II. 1.; cap. 26. X. de verb. signif. V. 40.; *Hostiensis* l. c. 10. 9., 11. 3.; *Walter* l. c. § 184.



longe eas superavit; imo societates civiles ab Ecclesia haec omnia desumpserunt. Quoad officium advocati pauperum, de quo iam supra actum est (102), sufficiat hic animadvertere ipsum iam Concilium Carthaginiense IV. (348) praescribere: "Propter afflictionem pauperum, quorum molestiis sine intermissione fatigatur Ecclesia, ut defensores eis adversus potentias divitum cum Episcoporum provisione delegentur. " Quo in canone forte non agitur de certa quadam persona, cui stabiliter hoc officium fuerit concreditum, sed de aliis advocatis et patronis ad defensionem pauperum destinandis. Sed certe iam sub Gregorio M. officium huiusmodi stabile erat; refert enim *Galletti* (103) formulam, quam Gregorius M. statuit ad hoc officium conferendum, scilicet: "Officium Ecclesiae defensorum accipias, ut quidquid pro pauperum commodis tibi a nobis iniunctum fuerit, incorrupte et vivaciter exequaris „. Hoc tamen non semper immutatum mansit. Nam ex Const. Ben. XII. "*Decens et necessarium* „ 26. (27.) Oct. 1340. deducitur non exstitisse tunc speciales et distinctos advocatos pauperum, sed advocatos in albo inscriptos obligatos esse ad defendendas gratis pauperum causas (104). Verum sub Pio IV. invenimus iterum advocatos pauperum, nam eis Pontifex iniungit ut quotidie visitent carceres (105). Postea iterum officium desiit, nam Benedictus XIII. in Concilio Romano (a. 1725.) iterum instauravit officium procuratoris pauperum et advocati, saltem pro provincia Romana ecclesiastica. Deinde et etiam nunc, istud officium non exstitit, sed necessariae pauperum defensioni varie consultum est. Quando ante Constitutionem "*Sapienti consilio* „ Congregationes Romanae iudiciale potestatem exercebant, loco advocatorum, qui causam patrocinarentur, duo generatim (aliquando unus vel tres) adhibebantur consultores, qui, quum causae pertractarentur in forma pauperum, super iis scriberent pro *veritate*, idest suam aperirent sententiam super causa, quae agitabatur, secundum veritatem et iura.

Nunc autem redintegrata Rota et Signatura Apostolica in exercitio suae potestatis iudicialis, huic necessitati consuli

(102) *Wernz* h. t. V. n. 188. not. 24.

(103) *Galletti*, Del primicero della Santa Sede Apostolica e di alti ufficiali maggiori del sagro palagio Lateranense, Roma, 1776. p. 151.

(104) Cfr. *Pertile* l. c. § 222.

(105) Bullar. Rom. VII. 219.



tur, quemadmodum etiam fit in foro civili (106), designatione advocati a iudice facta, qui pauperis causam tuendam suscipiat. Lex propria Rotae, in Appendice de taxatione expensarum iudicialium cap. IV. n. 1. statuit principium: pauperibus ius esse exemptionis ab expensis iudicialibus et gratuiti patrocinii, quod pauperibus, de mandato Decani Sacrae Rotae aut Cardinalis Praefecti Signaturae Apostolicae, ab advocatis horum tribunalium albo inscriptis praestandum est, qui hoc munus merito habere debent tamquam honore plenum et ex obligatione ipsis incumbens (107).

683. Patet non omnibus indiscriminatum litigatoribus, qui se pauperes dicunt, beneficium pauperum seu gratuitum patrocinium esse concedendum, sed tantum vere pauperibus. Vera autem paupertas aestimanda est in hunc finem non absolute, sed *relative*, ita ut ex. gr. iure Italico (108) ea habeatur, quae recurrentem inhabilem reddit ad litis expensas sustinendas. Hunc conceptum accuratius evolvit Codex proceduræ civilis Austriacus § 63. dicens: " Chi senza pregiudizio dell'occorrente mantenimento indispensabile per sè e la sua famiglia non è in condizione di sopperire alle spese di una lite, può ottenere per questa la concessione del diritto dei poveri „. Qui paupertatis conceptus probe ita indeterminate definitus est, potius quam assignaretur minimus quidam certus redditus, non excedens v. gr. diurnam mercedem. Potest enim fieri ut quis maius quid possideat et tamen incapax sit ad solvendas expensas litis haud raro *non exiguas*, dum contra potest quis lucro pinguis cuiusdam mercedis diurnae ferre expensas litis, quae in concreto minimas tantum exigit.

Neque in Lege propria Rotae neque in "Regulae servandae in praecipuis actis iudicialiis apud S. Rom. Rotae tribunal „ aliquid habetur circa conceptus, qui regere debent hanc paupertatis aestimationem. Relicta igitur ea videtur prudenti aestimantis arbitrio.

Iudicium autem hoc ferre debent pro variis Codicibus et legislationibus sive Commissio quaedam specialis, ut in iure Italico, sive tribunal competens primae instantiae, ut in iure Austriaco § 65., sive alii a lege constituti. Iure nostro hoc iudicium Episcopi est, si agatur de causa pertractanda

(106) Cfr. Cod. proc. civ. Austr. § 63. sq. ; pro Italia Leg. 6. Dec. 1865., 10. Iul. 1880. All. D.

(107) Cfr. Leg. Ital. 6. Dec. 1865. a. 1.

(108) Cfr. Leg. 6. Dec. 1865. a. 10.

in prima instantia coram tribunali dioecesano. Cui iudicio videtur se conformare debere Archiepiscopus, si secunda instantia cognoscenda sit a tribunali metropolitico, quemadmodum eidem se conformat S. Rota, si ad eius tribunal causa fuerit delata. Nam "Regulae servandae.... apud S. R. Rotae tribunal „ iam citatae, § 231. sic habent: " Hic processus necessarius non est, quando Curia, quae acta causae transmittit ob appellationis iudicium, fidem facit de paupertate partis, iam ad exemptionem expensarum et ad gratuitum patrocinium admissae in priori iudicio; tunc enim habendum erit ut notorium et incontroversum paupertatis factum „. Si haec Curiae attestatio de paupertate non habeatur, processus ad eam comprobendam necessarius est, qui probe explicatur in Appendice ad Legem propriam cap. IV. n. 3. 4., et in hoc consistit, ut petitio Ponenti exhibeatur, opportunis instructa documentis, quibus petens conditionem suam comprobat. Ponens autem postulationem admittere non debet, nisi auditis praeter partem postulantem Promotore iustitiae (aut Defensore vinculi) et Decano advocatorum consistorialium, requisitisque, si opus fuerit, notitiis etiam secretis super statu oeconomico postulantis.

684. Praeter probationem paupertatis ius nostrum requirit ut petens demonstret se non futilem aut temerariam causam agere (109). Quod principium admittitur etiam in variis Codicibus fori civilis, non autem in Codice Austriaco (110), qui hanc praelibationem causae non admittit, ea forte motus ratione, quod quando de denegando aut concedendo gratuito patrocinio agitur, desunt generatim omnia adminicula ad probandam iustitiam causae, et quod necessaria videatur etiam tunc pro parte assistentia alicuius advocati seu iurisperiti. Verum si praelibatio illa restringatur, ut restringenda videtur, ad hoc ut constet de existentia alicuius *fumi boni iuris* (111), aut melius reducatur ad aliquid negativum, ut scilicet constet non agi de causa *futili* aut *temeraria* (112), non videtur in praxi elementum inducere valde aggravans petentis conditionem, nec rationes, quae in contrarium adducuntur, videntur esse cogentes. Patet autem semper et

(109) Lex. pröp. App. cap. IV. n. 3.

(110) Cfr. Cod. proc. civ. Austr. § 65.

(111) Cod. proc. civ. Germ. § 109.; Leg. Ital. 6. Dec. 1865. a. 9., 29. Iul. 1880. a. 2.

(112) Lex pr. Rot. App. I. c.

apud omnes hoc alterum elementum de probatione *fumi boni* nunquam locum habere in causis criminalibus, quemadmodum a Rota exulat, quando agitur de causis quae Rota cognoscit *ex commissione* (113). Tunc enim praesumitur Pontifex iudicare non agi de futili aut temeraria causa.

685. His suppositis et duobus elementis, de quibus diximus, probatis, Ponens in Rota aut petitionem admittit aut eam reiicit. Si eam admittat, advocatum defensorem designat, praehabito assensu Decani, qui ad normam can. 45. § 2. Legis propriae debet advocato de gratuita assistentia praestanda mandatum dare, et pars consequitur omnia iura gratuiti patrocinii. Si eam reiiciat, potest petens intra utile tempus decem dierum expostulationem facere pro recognitione iudicii (quae appellationi aequivalet) ad turnum vel Auditorum coetum; secundum quod causa a turno vel ab ipso Auditorum coetu diiudicanda est (114).

686. Si conditio litigantis talis sit ut expensas ex parte valeat exsolvere, fit locus *reductioni* expensarum iudicialium et decretum eam concedens debet limites statuere, intra quos reductio conceditur (115). Promotoris autem iustitiae est invigilare ut neque indebite gratuitum patrocinium concedatur, neque hoc patrocinium negligenter vel dolose exerceatur, qui proinde, si oporteat, instare debet apud Ponentem vel etiam apud turnum, si Ponens non exciperet petitionem aut iussionem turni executioni non demandaret. Et si advocatus, cui patrocinium gratuitum commissum est, sui muneris immemor, officium debita diligentia non adimpleat, ad illius observantiam est revocandus a Ponente, sive *ex officio* sive ad *instantiam* partis aut Promotoris iustitiae (116).

Si pars, quae gratuitum obtinuit patrocinium, vincat in causa, ex qua retulerit unde compensari possint expensae, quas in causa non solvit, obligatione tenetur eas reficiendi, intra varios tamen limites et in variis casibus pro variis Codicibus (117). In Rota haec statuta sunt (118): “1º Si pars, quae gratuito patrocinio usa sit, victoriam retulerit, et eam rem

(113) Lex propria App. I. c. n. 3.; Regulae servandae etc. § 227.

(114) Lex propria App. I. c. n. 5.; Regulae serv. etc. § 229.

(115) Regulae serv. etc. § 226. n. 2. 3.

(116) Regulae serv. etc. § 235. 236.

(117) Cod. proc. civ. Austr. § 70.; Leg. Ital. 13. Sept. 1874. a. 140.; Leg. 6. Dec. 1865. a. 28.

(118) Reg. serv. etc. § 237.

consecuta fuerit, quae aestimatur *quintuplo* (119) maior summa, quae solvenda esset pro expensis iudiciariis, neque ex eadem aliquid pro taxis, retentionibus vel solutionibus detrahendum sit, ab ista iudiciales expensae erunt praecipiendae, non vero honoraria advocati aut procuratoris. 2° Si vero eadem pars nedum victoriam referat, sed adversa pars in expensis iudicialibus condemnetur, haec non tantum expensas iudiciales solvet, sed etiam advocati aut procuratoris alterius partis honoraria „.

(119) Iure Italico statuitur *sextuplum*. Leg. cit. a. 1874.

---

## SECTIO VI.

### DE REMEDIIS IURIS.

## TITULUS XXXIX.

### DE APPELLATIONIBUS (1).

(*Lib. II. tit. 28. de appell., recusationib. et relationibus; tit. 29. de clericis peregrinantib.*) (2).

**687. Fontes:** Dig. XLIX. 1. de appellationibus et relationib., 2.-13. incl.; Cod. VII. 62. de appellationib. et consult., 63.-70. incl.; Novell. 23. (3). — C. II. q. 6. — Cpl. I. lib. I. tit. 20. de appell. et recusat.; Cpl. II. lib. I. tit. 19. de appell., tit. 20. de peregrinantib.; Cpl. III. lib. I. tit. 19. de appell.; Cpl. IV. tit. 12. eod.; Cpl. V. lib. I. tit. 19. eod.; — Decretal. Gregor. IX. lib. II. tit. 28. de app., recus. et rel.; Decretal. Bonif. VIII. lib. II. tit. 15. de appell.; Const. Clem. V. lib. II. tit. 12. eod.; Conc. Trid. sess. XIII. cap. 1. 2. 3. de ref. cum Const. Pii V. « *Inter illa* » 20. Nov. 1570., sess. XXII. cap. 7., sess. XXIV. cap. 10. 18. 20., sess. XXV. cap. 14. de ref.; — Decretal. Clemen. PP. VIII. lib. II. tit. de appell. p. 55. sq. ed. *Sentis*, ubi aliae Const. Apost. referuntur. — Decret. S. C. Ep. et Reg. 18. Dec. 1835.; Instr. eiusd. S. C. 11. Iun. 1880. art. 36. sq. cum ulteriore declarat. 26. Mart. 1886. (4);

(1) *Vering*, Inst. iur. eccl. § 184. agit post appellationem de executione; item *Droste*. At *Durantis* agit de executione titulo distincto statim post titulum de sententia et ante titulum de appellationibus. *Tancredus* etiam habet titulum distinctum et ante titulum de appellationibus.

(2) Hic citantur duae rubricae, quibus in Decretalibus Gregorii IX. correspondet materia huius tituli, scilicet « de appellationibus, recusationibus et relationibus » et « de clericis peregrinantibus ». Circa has rubricas notandum est, primam in omnibus Compilationibus antiquis, prima excepta, nec non in Sexto et in Clementinis (in Extravagantibus Ioannis XXII. et in Extravagantibus communibus hic titulus prorsus deest) efferri per has tantum voces « de appellationibus » et deesse illud additum « recusationibus et relationibus ». Quod vero ad secundam attinet, titulus ille occurrit tantum in Compil. II., ubi tamen vox « clericis » exulat, ita ut rubrica simpliciter enuntiatur « de peregrinantibus », non autem « de clericis peregrinantibus », ut in collectione Gregoriana. Quae omissio signum est rubricam latius patere.

(3) Gregor. XVI., Regul. giudiz. § 963. sq. Della procedura nelle cause di seconda e di ulteriore istanza; Cod. proced. civil. Ital. art. 465. sq.; Cod. proced. civil. Gall. art. 443. sq.; Cod. proc. civ. Germ. § 472. sq.

(4) Item art. 37. etiam remittitur in Instr. S. C. Ep. et Reg. 11. Iun. 1880. praeter Const. Bened. XIV. 30. Mart. 1742. et Decret. S. C. Ep. et Reg. 18. Dec. 1835. ad Epist. circul. eiusd. S. C. 1. Aug. 1851.



Instr. S. C. de Prop. Fide de iudiciis eccl. circa caus. matr. § 25. sq. (Cone. plen. Baltim. III. p. 266. sq.); — Acta S. Sed. vol. IV. p. 373. VI. 526. VII. 398. 575. VIII. 613. XI. 32. XII. 634. XIV. 371. XVIII. 224. 369. XX. 514. et vol. X. p. 262. sq. quod etiam a gravaminibus extraiudicialibus ab Episcopis inflictis ad Metropolitam appellari possit.

**Scriptores:** Comm. iur. Rom. in cit. tit.; *Vering*, Gesch. u. Pand. §§ 132. 133.; *Van Wetter* l. c. § 138.; *Keller* l. c. § 82.; *Renaud* l. c. § 172. sq.; *Wetzell* l. c. § 54. sq. — Comm. iur. Decret. — *Zech* l. c. tit. 33. de appell.; *Devoti*, Inst. can. lib. III. tit. 15. eod.; *Pillius* l. c. P. III. § 17. de appell.; *Tancred.* l. c. P. IV. tit. 5. eod.; *Gratia* l. c. P. III. tit. 3. eod.; *Durantis* l. c. lib. III. partic. 3. tit. eod.; *Bouix* l. c. II. p. 246. sq.; *Muenchen* l. c. I. p. 512. sq.; *Schulte*, Eheprocess § 60. sq.; *Droste* l. c. p. 132. sq.; *Ph. Hergenroether*, Die Appellationen nach dem Dekretalenrecht; *Ferraris* l. c. vv. Apostoli, Appellatio; *Crépon*, Traité de l'appel en matière civile, Paris, 1888.; *Fournier*, Essai sur l'histoire du droit d'appel, Paris, 1881.; *Mortara*, Appello civile, in Dig. ital.; *Ponsius* l. c. p. 128. sq.; *Lega* l. c. I. 617. sq.

### Praenotiones.

**688. Connexio materiae.** Postquam sententia definitiva in prima instantia lata est, saepissime quidem partes huic sententiae sive de facto sive ob iuris necessitatem acquiescunt; sed non raro partes, quae sese sententia primae instantiae laesas esse existimant, remediis a iure concessis sententiam latam impugnant sibiue magis propitiam obtinere tentant. Imo non **paucae existunt** controversiae ecclesiasticae, veluti causae vinculi coniugalis, quae sola sententia primae instantiae ne possunt quidem definiri. Quare licet de remediis istis iuris, quibus suspenditur executio, ante executionem agi possit, tamen *procedura* appellationis tamquam *extraordinaria* etiam in iure Decretalium apte subiungitur, praesertim cum in collectionibus authenticis propria quaedam rubrica de executione sententiae iudicialis non existat (5).

**689. Definitio et divisio.** I. Remedia iuris in genere sunt media a iure concessa, quibus partibus contra gravamina pro-

(5) *Durantis* et *Tancredus* l. c. — *Schmalzgr.* in prooemio huius tituli rem sibi ita conciliat. *Effectus* ille, quod sententiae **executio suspendatur**, potest induci per appellationem, per recusationem iudicis incompetentis, suspecti, etc., aut per relationem ad principem. At *relatio* ad principem **non** sententiae **executionem** impedit, sed ipsam *sententiam*, ideoque recte *Durantis* de relationibus agit ante titulum de sententia.

Porro *recusatio* iudicis fit initio procedurae, et postea tantum extraordinarie, et etiam in hoc casu praesertim *ante* sententiam latam; quare etiam recusatio iudicis per se non suspendit sententiam latam, sed potius removet iudicem a ferenda sententia. Si post sententiam fiat *recusatio* iudicis, v. gr. tamquam incompetentis, videtur implorari declaratio nullitatis.

cessualia, sive per decreta vel omissiones iudicum, sive per propriam actionem vel omissionem inflictam, subsidium praestatur. Quae remedia possunt esse: *ordinaria*, quibus potissimum adnumeratur appellatio atque omnia illa quae decendio sunt adstricta; et *extraordinaria*, velut restitutio in integrum, quae decendio non sunt alligata.

Porro distinguuntur remedia iuris *devolutiva*, quae cognitionem causae ad superiorem iudicem deferunt; et *non devolutiva*, quibus idem iudex, qui sententiam tulit, subsidium praestare valet.

Denique alia remedia iuris sunt *suspensiva*, quibus executio sententiae latae suspenditur; alia *non suspensiva*, quibus executio sententiae non suspenditur.

Contra iniustam iudicis sententiam remedium ordinarium est *appellatio*; contra invalidam iudicis pronuntiationem conceditur *querela nullitatis*, quae remediis iuris extraordinariis adnumerari potest, quatenus praesumptio iuris stat pro iudice, "quod omnia rite fuerint celebrata" (6). Item extraordinaria remedia sunt *restitutio in integrum* et *supplicatio* pro revisione vel retractatione processus canonici (7).

690. II. Appellatio est provocatio ab inferiore ad superiorem iudicem rite facta propter gravamen illatum vel inferendum (8). Divisiones remedii iuris, quae supra commemoratae

(6) Cap. 23. X. de elect. I. 6.; cap. 6. X. de renunt. I. 9.; cap. 7. 11. X. de prob. II. 19.; Schulte, Eheprocess § 13. i. f.

(7) *Schmalzgr.* h. t. n. 1. sq. Supplicatio sensu latissimo est *quaelibet* petitio ad obtinendam gratiam; sensu lato est petitio *ad obtinendam restitutionem in integrum*, quando praeter laesionem allegatur causa probabilis, v. gr. imbecillitatis, ob quam iudex laeso succurrere debeat ex officio; sensu vero stricto supplicatio habetur, quando allegata laesione petitur *ut princeps sententiam*, contra quam ordinarium appellationis remedium non competit, ex mera gratia *revideat* et *retractet*. Ita *Schmalzgr.* h. t. n. 2.

(8) "Provocatio" ponitur loco generis, quia v. gr. etiam in oblatione libelli provocatur ad iudicem; dicit enim omnem implorationem auxilii, atque ita haec vox "provocatio" etiam supplicationem comprehendit.

"Ab inferiore", et non additur iudice, ut generatim inferior *Praelatus* intelligatur et actus etiam extraiudicialis; imo extraiudicialis interponi potest ab actu quoque *privati*, v. gr. si quis actu patroni se gravatum existimat.

"Gravamen illatum vel inferendum"; nam ab utroque appellari potest, a priori quidem *iudicialiter*, ab altero autem generatim *extraiudicialiter*.

"Ad superiorem iudicem"; hic recte additur vox *iudicis*, nam etiam in appellatione extraiudiciali, idest ab actu extraiudiciali, provocatio facienda est ad iudicem, qui iudicialiter procedat, si nempe gravamine il-

sunt, in primis etiam appellationi conveniunt, speciatim vero distinguitur appellatio *iudicialis* et *extraiudicialis* (9). Illa est provocatio rite facta ab actibus iudicialibus inferioris iudicis ad superiorem, ut is de gravamine illato denuo cognoscat et prius pronuntiatum corrigat vel in melius reformet (10); haec vero, quae aptius *provocatio ad causam* dicitur, est provocatio rite facta ab actibus vel decretis extraiudicialibus (v. g. propter concursum parochialem) inferioris, etiam privati, ad superiorem iudicem, propter gravamen illatum vel inferendum (11).

Praeterea distinguitur appellatio *iusta*, quae ob iustam et rationabilem sive probabilem causam "interponitur" (12); *fri-*

lato vel comminato provocantis ius fuerit laesum. Et si quando in appellatione extraiudiciali procedendum sit administrative, quia non de laesione iuris, sed de laesione meri cuiusdam interesse agitur, vox iudicis *latius* sumenda est, in quantum significat magistratum, ut ordinarie fit in iure, et proinde comprehendit auctoritatem etiam administrativam.

(9) Cap. 5. h. t. dicitur: "Sacri canones etiam extra iudicium passim appellare permittunt, nec solent huiusmodi dici appellationes, sed potius *provocationes ad causam*".

*Schmalzgr.* h. t. n. 4. notat aliquos reiicere divisionem appellationis in iudicalem et extraiudicalem, tamquam non adeo consentaneam iuri civili, ubi sola *iudicialis* appellatio admittitur. At certo appellatio extraiudicialis admissa est in foro ecclesiastico (cap. 19. 29. de elect. etc.) et etiam in foro civili cognoscitur, praesertim nostra aetate.

Illud autem sane concedi potest:

1<sup>o</sup> Quod appellatio simpliciter et proprie dicta sit sola appellatio iudicialis. Quare ubicumque in iure occurrit vox "appellatio", in materia poenali et odiosa appellatio extraiudicialis non comprehenditur.

2<sup>o</sup> Appellatio iudicialis supponit *actum* vere *iudicalem* et fit a solo iudice, tamquam termino a quo, et a gravamine iam *illato*; extraiudicialis fit ab *actu extraiudicali*, sive iudicio nondum inchoato, etiam a parte, si ab ea gravamen inferitur, et a gravamine illato *et inferendo*. Cfr. cap. 3. h. t. in Clem.

3<sup>o</sup> Appellatio iudicialis *suspendit* praeterita, et gesta, illa pendente, invalida sunt; e contra gesta, pendente appellatione extraiudiciali, non ita invalida sunt, nisi forte repugnent ipsi appellationi. Cfr. *Schmalzgr.* h. t. n. 5.

(10) Quae appellatio iudicialis fit essentialiter ab aliquo actu iudicali iudicis sive ante litem contestatam, sive post litem contestatam, sive ab ipsa sententia definitiva.

(11) Cap. 5. X. h. t.

(12) Cap. 59. 61. X. h. t. Causa probabilis dicitur illa, quae *si probari* potest, tamquam legitima causa appellationis admittenda est. Cfr. *Ph. Her-genroether* l. c. p. 8.

Duplex illud caput 59. 61. X. h. t. desumptum est ex Conc. Lat. IV. contra appellantes sine causa probabili vel rationabili.

Appellatio iusta, ut patet ex natura rei (est enim honestum defensionis medium) et exemplo S. Pauli (Act. Apost. XXV. 11.), est omnino licita;

*vola* quae nonnisi levi, inani, futili ratione nititur; *frustratoria* sive *moratoria*, si fit solummodo ad protrahendum iudicium, vitandam sententiam et obligationis solutionem (13).

Qui appellationem interponit dicitur " appellans „, sive " appellator „ sive " gravatus „; is, contra quem interponitur, " appellatus „ audit (14). In tribunali " iudicis a quo „ litigatores suas appellationes " interponunt „, atque postea in tribunali " iudicis ad quem „ " introducunt „, atque " prosequuntur „ in superiore " instantia „ sive " gradu „.

691. *Notae historicae.* Quamvis ex iure naturali legitima defensio nemini sit neganda, tamen appellatio stricte sumpta non ita lege naturali est statuta, ut iuste negari non possit, secus vel ipsi R. Pontifices, qui non raro " appellatione remota „ causas decidendas esse iusserunt, ius naturale violassent (15).

Verum appellatio tot rationibus naturalis aequitatis commendatur, ut illius usus saltem moderatus vel ipsis primis saeculis, in foro quoque ecclesiastico introduceretur. Cuius praxis vestigia iam reperiuntur in epistola S. Clementis ad Corinthios et tertio saeculo occurrunt appellationes

at si appellans probe sciat causam suam esse iniustam, appellatio est illicita, et appellans tenetur ad restitutionem damni illati alteri parti. Cfr. cap. 41. X. h. t.

At inde non sequitur appellationem in causa criminali esse exclusam, licet quis in foro conscientiae sese reum habere debeat, si iudex sine sufficientibus probationibus sententiam condemnatoriam tulit. Cfr. c. 41. C. II. q. 6.; c. 1. C. II. q. 1. Nam iudex in causa criminali secundum allegata et probata tantum procedere potest, neque sufficit, ut qualicumque ratione delictum sit probatum, sed certa requiritur probatio, ut propter delictum certa poena in lege expressa infligi possit.

Qui ita iniuste appellat potius puniendus est, ut constat ex c. 27. C. II. q. 6.: " Omnino puniendus est, ut quoties iniusta appellatio pronuntiatur, sumptus quos dum sequeretur adversarius impendit, reddere cogatur non simplos, sed quadruplos „.

(13) Cfr. c. 27. C. II. q. 6. Neque minus illicita est appellatio frustratoria; fit enim iniuria ipsi iudici, cuius officium impeditur et ludibrio exponitur et praeterea gravatur altera pars. Cfr. S. Thom. II. II. q. 69. a. 3.

Appellatio evidenter frivola a iudice a quo non est admittenda (cfr. cap. 25. 51. X. de appell.; cap. 23. X. de verb. sign. V. 40.; cap. 48. X. de sent. excomm. V. 39.); imo non obstante tali appellatione sententiam executioni mandare potest (cfr. cap. 5. h. t. in Sext.; Schmalzgr. h. t. n. 117.). Quod si nihilominus illam admisit, iudex superior de appellatione cognoscere potest neque eam ad inferiorem remittere debet pro reiectione. Cfr. Ph. Hergenroether l. c. p. 8.

(14) Cap. 57. X. h. t.; cap. 1. h. t. in Sext.

(15) Bouix l. c. II. p. 247.; Ph. Hergenr. l. c. p. 7.



Episcoporum condemnatorum ad Sedem Apostolicam, ut testatur S. Cyprianus epistola 68. In Concilio Nicaeno (a. 325.) c. 5. clericis et laicis contra sententiam Episcopi permittitur recursus ad Synodum provincialem; speciatim vero Synodus Sardicensis (a. 343.) quaestionem de appellationibus accuratius ordinavit (16). Celeberrimae factae sunt disputationes de appellationibus Africanis initio saeculi quinti, quae iuri divino Sedis Apostolicae recipiendi appellationes nequaquam praeiudicant (17). Ecclesiae orientali potissimum accommodati fuerunt c. 9. et 17. Concilii Chalcedonensis (a. 451.) (18).

Quae fuerit tempore medij aevi praxis atque ius constitutum de appellationibus, maxime eruendum est ex longissima serie capitum h. t. (19).

Non paucas nec leves immutationes introduxit Concilium Tridentinum (20).

Inde a tempore Concilii Tridentini potissimum commemoranda est Iulii III. Constit. "*Mentis et intentionis* „ (21), qua statuit instantias et fatalia causarum, in Curia Romana pendentium, non currere Sede Apostolica vacante. Cui Constitutioni accesserunt: Pii V. Const. "*Inter illa* „ 20. Nov. 1570.; Clementis VIII. decreta 16 Oct. 1600. et Urbani VIII. decreta a. 1626. cum declarationibus datis a Benedicto XIII. a. 1725. Maximi momenti est Benedicti XIV. Const. "*Ad militantis* „ 30. Mart. 1742., cum eiusdem R. Pontificis Constitutione de processu nullitatis matrimonii et professionis religiosae (22).

§ 1. DE SUBIECTO HABILI AD INTERPONENDAM APPELLATIONEM  
SIVE DE APPELLANTE.

**692.** Appellatio generatim permissa est omnibus, qui gravamen quoddam, sive in iudicio, sive extra illud, patiuntur, aut se passuros esse timent (23), nisi specialis obstet (24) iuris prohi-

(16) *Hefele*, Concilieng. tom. I. p. 533. sq. *Phillips* KR. t. V. § 216.

(17) *Hefele* l. c. tom. II. p. 120. sq. *Phillips* l. c. § 217.

(18) Cfr. quoque *Card. I. Hergenröther*, Photius tom. I. p. 74.

(19) *Ph. Hergenroether* l. c. p. 11. sq.

(20) Cfr. l. c. in font.; *Molitor* l. c. p. 196. sq. 218. sq.

(21) *Sentis* l. c. p. 55.

(22) *Sentis* l. c. p. 57.

(23) L. 1. 20. 30. Cod. h. t.; c. 10. C. II. q. 6.; cap. 61. X. h. t.

(24) In causis sponsalium et separationis thori et cohabitationis, solis partibus, nunquam tertiis personis, appellatio est permissa (cfr. *Schulte*, Eheprocess §§ 22. 62.); in causis vero nullitatis vinculi coniugalibus ad ap-



bitio (25). Quare non solum is, qui victus est in causa, ad subsidium appellationis confugere potest, nisi speciali iuris prohibitione impediatur, sed etiam victor, si sese laesum existimat, imo uterque litigator (26). Neque ab appellatione arcendi sunt, quorum interest (27) nomine proprio, sive quibus ex sententia lata damnum quoddam oriri potest, licet directe contra ipsos sententia non fuerit lata, v. g. legatarius pro victo haerede testamentario (28). Denique admittuntur, quorum interest alieno nomine, velut procurator gravati (29), tutor pro pupillo, curator pro minore, Episcopi vel Abbates in causis suarum ecclesiarum. Neque excluduntur ab appellatione iudiciali excommunicati (30).

### 693. Prohibentur a beneficio appellationis:

I. Haeretici sententia definitiva condemnati (31); at recursus ad superiorem per supplicationem vel querelam ipsis non est denegatus (32).

II. Confessi in iudicio, dummodo legitime sine errore vel metu rem confessi sint (33). At ut in gravibus delictis ex veterum canonistarum sententia contra propriam accusati confessionem excluderetur appellatio, requirebatur, ut reus confessus etiam per testes vel alia argumenta esset convictus (34). Quae sententia, licet aequitate multum commendetur pro eo

pellationem admittuntur coniuges intra limites a iure statutos (cfr. *Schulte* l. c. §§ 61. 62.), defensor vinculi matrimonialis contra solas sententias in praeiudicium vinculi prolatas, et iuxta normas praescriptas a Benedicti XIV. Const. « *Dei miseratione* » (cfr. *Wernz* h. t. V. n. 193. sq.), promotor fiscalis propter impedimentum iuris publici. Cfr. Instr. *Card. Rauscher* §§ 115. sq. 122. 124. 179. sq.

(25) *Schmalzgr.* h. t. n. 7. sq.; *Ferraris* v. Appell. art. II. n. 1. sq.; *Ph. Hergenroether* l. c. p. 13.

(26) Cap. 7. 10. X. h. t.; cap. 16. 18. X. de testam. III. 26.

(27) Quemadmodum existit litis consortium quoad agendum (cfr. *Wernz* h. t. V. n. 173. sq.), ita inter consortes litis habetur communio appellationis. Hinc fit, ut una sententia pluribus condemnatis, si unus solus ad appellationis beneficium convolaverit, illius victoria iuri communi ceteris suffragetur, si communi iure iuventur idemque negotium et eadem causa defensionis existat. Cfr. cap. 72. X. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 14. 15.; *Ph. Hergenroether* l. c. p. 14.

(28) Cfr. c. 30. C. II. q. 6.; cap. 17. X. de sent. et re iud. II. 27.

(29) Cap. 14. X. de procur.; L. 9. Cod. h. t.

(30) Cfr. c. 39. C. II. q. 6.; *Schmalzgr.* h. t. n. 11.

(31) Cap. 18. de haeret. V. 1. in Sext.

(32) *Bouix* l. c. II. p. 384.

(33) Cap. 61. § Porro X. h. t.; cap. 3. § 5. h. t. in Sext.

(34) *Santi* l. c. II. 18. n. 12.

tempore, quo tortura fuerat usitata, tamen cum in fontibus iuris scripti, v. g. citato capite 3. § 5. h. t. in Sext., non habeat solidum fundamentum, et tortura nunc non iam existat, neque exigi possit a reo iuramentum veritatis dicendae, multum pristinae auctoritatis amisit (35).

III. Notorii criminis rei (36). "Sed cum multa dicantur notoria, quae non sunt „, providendum est, ne dubius reus pro notorio habeatur (37).

IV. Contumaces, qui contemptis tribus edictis citatoriiis vel saltem uno peremptorio, condemnati fuerunt (38). Nam qui iudicem inferiorem audire contemnit, is indignus est, ut a superiore iudice audiatur (39), nisi per errorem habitus fuerit contumax (40).

V. Qui in eadem causa legitimae appellationi sui adversarii non detulit (41); ut qua ratione deliquit, eadem ipse puniatur.

VI. Qui in eadem causa contra se habent tres conformes sententias, cum contra illos stet praesumptio iniustae causae atque frivolae et frustratoriae appellationis (42).

VII. Qui sententiam contra se latam expresse vel tacite approbarunt, et ita renuntiaverunt beneficio appellationis (43). Quod si quis promissione etiam professus est, se non appellaturum esse, sane saltem ab iniusta et frivola et frustratoria appellatione abstinere debet (44).

(35) Instr. S. C. Ep. et Reg. 11. Iun. 1880.; *Droste* l. c. p. 62. sq. At sane vel in ipsis causis civilibus sive litigiosis appellatio interponi potest, si ipsa confessio tamquam illegitima est impugnanda, ut fatetur *Ph. Hergenroether* l. c. p. 23., qui in criminalibus praeter confessionem requirit ad effectum excludendae appellationis, ut sit convictus.

(36) Cap. 3. § 5. h. t. in Sext.

(37) Cap. 14. X. h. t.

(38) L. 23. § 3. D. h. t.

(39) Decret. Clem. VIII. 16. Oct. 1600. XIV.

(40) S. C. C. 23. Ian. 1869. in Act. S. Sed. vol. IV. p. 382.

(41) Cap. 23. 42. 43. X. h. t.

(42) Cap. 39. 65. X. h. t.; cap. 1. de sent. et re iud. II. 11. in Clem.

(43) Cap. 20. X. de off. et pot. iud. del. I. 29.

(44) Cap. 20. 21. X. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 12. sq.; *Ph. Hergenroether* l. c. p. 24. Quamvis generatim ut ad agendum, ita etiam ad appellandum coactio non existat, tamen defensor vinculi matrimonii, professionis religiosae, ordinis subdiaconatus non tantum potest, sed debet in certis casibus ex stricta iuris necessitate interponere appellationem. Cfr. *Wernz* h. t. V. n. 196. Quodsi defensor matrimonii ipse obligationem suam appellandi neglexerit, "compelli ad id potest vel a suo Episcopo vel etiam ab illo, apud quem de iure appellatio esset facienda „. Instr. S. C. de P. F. de iud. eccl. circ. caus. matrim. § 25.; Instr. Card. *Rauscher* § 184.

## § 2. DE IUDICE APPELLATIONIS.

694. Appellatio ordinarie fieri potest ab omni iudice ecclesiastico, qui sententiam tulit, sive ordinarius sive delegatus est (45). Nam appellatio habet rationem defensionis, quae permissa esse debet contra gravamen a quocunque iudice illatum, nisi ratio iuris sive generalis sive specialis obsistat; neque iniuria afficitur iudex, si ab ipsius sententia appellatur (46).

Prohibetur vero appellatio a sententia lata per Rom. Pontificem. Omnis enim appellatio proprie dicta fit ab inferiore ad superiorem, cum par in parem non habeat potestatem multoque minus inferior in superiorem. At Rom. Pontifex superiorem in his terris non habet, neque in ordine civili, neque in ordine ecclesiastico. Quare a Rom. Pontifice ne ad Concilium quidem generale appellari potest, et iam pridem huiusmodi doctrina et praxis est proscripta et etiamnum severis poenis castigatur.

Item appellatio est exclusa a sententia Concilii generalis legitime congregati Romanoque Pontifici uniti et ab ipso confirmati.

Sicuti in foro civili a supremis tribunalibus non conceditur appellatio, ita etiam in foro ecclesiastico a supremis Cardinalium Congregationibus in Urbe, quae nomine Romani Pontificis procedunt, etiam quando, consentientibus partibus, aliquod negotium iudiciale pertractant, non fit proprie dicta appellatio ad Rom. Pontificem.

Denique ab arbitrio compromissario appellari nequit, aliud obtinet de arbitrio iuris (47).

695. Appellatio debet fieri a iudice inferiore ad superiorem (48), et ordinarie quidem gradatim, non per sal-

(45) L. 32. § 3. Cod. h. t.; c. 3. 8. C. II. q. 6.

(46) L. 20. Cod. h. t.

(47) Cap. 11. de off. et pot. iud. del. I. 14. in Sext. Cfr. Wernz h. t. V. n. 70.

(48) *Schmalzgr.* h. t. n. 57. pariter inquit, num statuto particulari valide statui possit, ut a *superiore* tribunali ad *inferius* appelletur. Ipse quidem refert, non paucos doctores id negare eo quod adversetur naturae appellationis, quae in eo, ad quem provocatur, maiorem exigit iurisdictionem; at addit alios e contra affirmare, eo quod non repugnet, cum qui alias superior est, sponte se subiicere ei, qui alias inferior est, eosque afferre illustre exemplum Bullae aureae, ubi Imperator quoad proprias

tum (49), ad proximum et immediatum, non vero, omisso medio ad mediatum superiorem (50). Quod ius in foro ecclesiastico et saeculari conditum est, ne iurisdictiones confundantur, ne immediatus superior contemni videatur et ut parcatur expensis (51).

Quare quemadmodum quondam a tribunali ordinario Archidiaconi immediate ad tribunal Episcopi (sede vacante ad Capitulum vel ad Vicarium capitularem postea electum) fuit immediate appellandum, non, omisso Episcopo, directe ad Metropolitanum vel ipsius Officiale etc. (52), ita nostra aetate a iudicibus delegatis ab Episcopo ad Episcopum vel ipsius Vicarium generalem sede plena est appellandum (53); si vero sedes vacat, ad Capitulum, et postquam Vicarius capitularis rite deputatus est, ad illum dirigenda est appellatio (54).

causas et lites se subiecit Electori Palatino. *Schmalzgr.* nihil aperte dicit quod significet, cui parti ipse adhaereat; sed cum exemplum allatum ex Bulla aurea ita explicet, ut dicat, Imperatorem se subiecisse *arbitrio*, non iurisdictioni Electoris, videtur cum negantibus sentire.

(49) Appellatio per saltum iure antiquo Decretalium tum solum fuit valida, si exceptio non fuit opposita (cfr. cap. 66. X. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 40.); censebatur enim prorogata iurdictio per consensum partium. At in Conc. Lugd. I. (a. 1245.) (cfr. cap. 3. § 1. h. t. in Sext.) absolute prohibita fuerunt appellationes per saltum ab Archidiacono ad Metropolitanum, nisi de speciali consuetudine Metropolitano plus competat. Denique Concilium Tridentinum sess. XXII. cap. 7. de ref.; sess. XXIV. cap. 20. de ref. omnem limitationem etiam quoad ipsos Legatos sustulit. Cfr. *Ph. Hergenr.* l. c. p. 17. Verum cum nostra aetate ordinarie prima instantia, in qua fertur sententia definitiva, non iam sit tribunal Archidiaconi, sed audientia Episcopi, unicus saltus practice possibilis est appellatio a sententia Episcopi, omisso Metropolitano, immediate ad Rom. Pontificem. Qui saltus neque ex iure Tridentino neque ex disciplina vigente est prohibitus.

(50) Cap. 66. X. h. t.; cap. 3. h. t. in Sext.; cap. 16. X. de M. et O. I. 33.; Nov. 23. cap. 4.

(51) *Bouix* l. c. II. p. 270. sq.; *Ph. Hergenroether* l. c. p. 15. sq.; *Wernz* h. t. V. n. 95. sq. de gradibus sive instantiis iudiciorum ecclesiasticorum; n. 103. sq.

(52) Cap. 3. § 1. h. t. in Sext.; *Wernz* h. t. V. n. 92.

(53) Controversia est num a *delegato* Episcopi possit appellari ad Vicarium generalem, eo quod Episcopus tali delegatione Vicario generali videatur iurisdictionem subducere. At si res *alias* ad officium Vicarii generalis pertinet, non videtur Episcopus subducere facultatem rem examinandi in *appellatorio*, licet eam prius examini alterius commiserit. Insuper nostra aetate isti *inferiores* iudices dioecesani se habent ut meri iudices instructores sive *auditores*, non vero ut iudices *perfecti* primae instantiae. Cfr. *Schmalzgr.* h. t. n. 54.

(54) *Schmalzgr.* h. t. n. 54.; Conc. provinc. Alb.-Iul. p. 180. sq.; *Wernz*



Ab Episcopo non immediate Sedi Apostolicae subiecto, vel ab ipsius Vicario generali, atque sede vacante a Capitulo vel Vicario capitulari ordinarie etiam ex disciplina nunc vigente appellari potest (55) ad Metropolitanum (56). Ipse vero Vicarius generalis Metropolitae ab appellationibus ex dioecesebus suffraganeorum recipiendis non est exclusus, salva limitatione statuta cap. 1. de off. ord. I. 16. in Sext. (57). Quodsi Episcopi, " tamquam delegati Sedis apostolicae „ iudicarunt in causis, " quae sub eorum iurisdictione ordinaria non compre-

h. t. V. n. 105. de prima instantia in foro ecclesiastico ex disciplina nunc vigente, unde efficitur, inferiores illos iudices dioecesanos potius habere officium auditorum, commissariorum, iudicum instructionis. Cfr. not. praec.

(55) Quare a sententia Episcopi non *debet* ad Metropolitanum appellari, sed immediate ad Rom. Pontificem a quocumque iudice appellari *potest*, ut patet ex suprema et plena et universali potestate Rom. Pontificis. Neque in hac praxi quidquam reperitur sanctionibus Concilii Tridentini (sess. XXII. cap. 7. de ref.; sess. XXIV. cap. 20. de ref.) contrarium, ut falso autumavit *Schulte*, atque vix videtur sperandum fore, ut Sedes Apostolica concessionem in Concordato cum Francisco I. Rege Galliae factam, at sub Pio VII. abrogatam denuo indulgeat, quemadmodum nonnulli Episcopi in Concilio Vaticano hisce verbis postularunt: " Appellationes ad S. Sedem omisso medio secundae instantiae, Metropolitanis scilicet, non deberent admitti „. Cfr. *Martin*, Collect. doc. Conc. Vat. p. 155.; *Bouix* l. c. II. p. 272. sq. De appellatione omisso medio: ad Legatum cfr. cap. 1. X. de officio leg. I. 30.; ad quatuor Patriarchas quondam maiores cfr. cap. 23. X. de privileg. V. 33. Ut per se patet, appellatio per saltum non est exclusa, si iudex proxime superior est inhabilis, v. gr. excommunicatus, suspensus, interdictus, haereticus, aut si iustitiam denegat vel causam sponte ad superiorem iudicem remittit. Cfr. cap. 10. de off. et pot. iud. del. I. 14. in Sext.

Item si Episcopus litem habuit cum proprio dioecesano, iuxta canones antiquos, prout referebantur a Gratiano, arbitri erant eligendi, a quorum sententia immediate ad Rom. Pontificem fuit appellandum. Id quod *Ph. Hergenroether* l. c. p. 19. deducit ex cap. 11. de off. et pot. iud. del. in Sext. At illico idem *Hergenroether* addit praxim hodiernam diversam esse, eo quod tales causae statim Romae in prima instantia proponantur; pro qua sententia citat *Stremmer* l. c. p. 417.

(56) Cap. 11. X. de offic. iud. ord. I. 31.; cap. 66. X. h. t.; cap. 3. h. t. in Sext.; cap. 1. X. de foro compet. II. 1. Quod si Episcopus, a quo appellatum est, factus interim esset Metropolitanus, censent generatim auctores, ipsum posse iudicare in eadem causa tamquam iudex appellationis, quia " quasi alius homo videtur „; at simul advertunt, ipsum bene acturum, si alium deleget; quamvis posset simpliciter rem relinquere suo *Vicario generali*, qui idem cum ipso tribunal constituit, sed tamen est *diversa persona*.

(57) *Bouix* l. c. I. p. 518. sq. At ut patet ex cit. cap. 1. h. t. I. 16. in Sext., Vicarius generalis Metropolitae non potest sub *poena excommunicationis* iudici a quo inhibitionem facere, ne procedat in causa, " existente in provincia Archiepiscopo „. Id quod statutum est ob reverentiam dignitatis episcopalis.



henduntur „, omisso Metropolitano, immediate ad Sedem Apostolicam appellari debet, salva Legatorum et Nuntiorum Apostolicorum auctoritate, ut declaravit a. 1600. sub Clemente VIII. S. C. Ep. et Reg. (58).; at si sententiam tulerunt „ etiam ut delegati Sedis Apostolicae „, iuxta iteratas declarationes S. C. C., v. g. a. 1588. 1589. 1597. datas (59), potest ad Metropolitanum interponi appellatio (60).

A iudicio, quod Metropolitanus protulit in secunda instantia (61), sublato iam gradu Primatis tamquam tertia instantia, salvo tamen privilegio Primatis Hungariae (62), et abrogato tribunali Patriarcharum, qui in quarto gradu ab Exarchis vel Primatibus appellationes acciperent (quippe etiam in Ecclesia orientali, qui nunc dicuntur Patriarchae, potius Metropolitanis aequiparantur et in secundo tantum post Episcopos gradu exercent potestatem iudicalem) ex disciplina nunc vigente appellandum est immediate ad Sedem Apostolicam, nisi R. Pontifex iudicem delegatum extra Curiam, sive transeunter sive etiam stabili deputatione, concesserit (63).

### § 3. DE CAUSIS APPELLATIONIS.

**696.** Regulariter appellatio ab omnibus gravaminibus, sive iudicialibus sive extraiudicialibus, est permissa, nisi iis in casibus, quibus denegatio appellationis in iure speciali ratione

(58) *Ph. Hergenroether* l. c. p. 17.

(59) *Conc. Trid. ed. Richter* p. 166. n. 2.

(60) Cum Vicarius generalis non habeat inferius tribunal a tribunali Episcopi distinctum, sed unum idemque tribunal cum Episcopo, nequit a Vicario generali ad Episcopum appellari, sed ad Metropolitanum vel R. Pontificem dirigenda est appellatio. Cfr. cap. 2. de cons. l. 4. in Sext.

(61) Si Metropolitanus in prima instantia ut ordinarius iudex suae dioecesis sententiam tulit, ex iure communi nequit ut Metropolitanus recipere appellationem in tribunali metropolitano contra sententiam tribunalis archidioecesis, nisi expresse vel tacite a Sede Apostolica talis praxis toleretur (est enim revera appellatio ab eodem iudice ad eundem), sed nisi a Sede Apostolica aliter provium sit (ut v. g. accidit in Statib. Unitis Americ. Sept., ubi in tali casu a curia metropolitana ad curiam metropolitanam viciniorem est appellandum, iuxta Instr. S. C. de Pr. F. de iud. eccl. circ. caus. matr. § 26.), in ipsa Curia Romana appellatio esset interponenda. Cfr. *Wernz* h. t. V. n. 97.

(62) *Wernz* h. t. V. n. 104.

(63) Quomodo appellandum sit a subdelegato ad subdelegantem vel a delegato ad delegantem cfr. *Wernz* h. t. V. n. 125.; *Schmalzgr.* h. t. n. 51. 53.; et quid iuris sit, si uterque litigator ad diversos iudices appellet, idem *Schmalzgr.* l. c. n. 55. 56. exponit.

est expressa. Nam appellatio est defensio contra iniustum gravamen, quae non censetur negata, nisi expresse excludatur (64).

Prohibetur vero appellatio:

I. A sententia notorie invalida; eo enim in casu querela nullitatis est remedium conveniens (65).

II. Ab interlocutoria sententia, nisi vim habeat sententiae definitivae, aut gravamen infligat per sententiam definitivam vel appellationem irreparabile (66).

III. In causis aut delictis notoriis, cum appellationis remedium non sit institutum ad defensionem iniquitatis, nisi notorietas ipsa iure merito impugnetur (67).

IV. In causis executionis rei iudicatae, nisi forte executor modum excedat (68).

V. In causis correctionis paternae vel regularis disciplinae, nisi modus excedatur (69).

VI. In causa electionis, ad impediendam executionem illius vel confirmationis iam secutae, nisi appellans alleget causam valde rationabilem; censetur enim malitiose agere, solummodo ad impediendam pacificam investituram (70).

VII. In causis possessionis momentaneae, cum plane sit

(64) *Bouix* l. c. II. p. 249.; *Schmalzgr.* h. t. n. 16.

(65) *Schmalzgr.* l. c. n. 17.

(66) Conc. Trid. sess. XIII. cap. 1., sess. XX. cap. 20. de ref. Quibus decretis Tridentinis ius antiquum Decretalium (cap. 12. 59. X. h. t.) correctum est et ad normas iuris Romani aequitate canonica temperatas rediit Ecclesia. Cfr. Act. S. Sedis vol. XVI. p. 328. sq.; *Ph. Hergenroether* l. c. p. 14.

De appellatione a censuris, quatenus fieri potest, cfr. *Bouix* l. c. II. p. 253. sq.; *Schmalzgr.* h. t. n. 109.; *Ph. Hergenr.* l. c. p. 54. sq.; *Kober*, D. Kirchenbann p. 221. sq., p. 457. sq.; *Idem*, D. Suspension p. 79. sq., p. 136. sq.

(67) Cap. 5. 13. 14. 61. X. h. t.

(68) Cap. 15. X. de sent. et re iud. II. 27.; c. 43. X. h. t.; *Ph. Hergenr.* l. c. p. 23.

(69) Cap. 3. 26. X. h. t.; *Schmalzgr.* h. t. n. 23.; *Ph. Hergenr.* l. c. p. 51. sq. De appellationibus regularium cfr. *Bouix*, De iure regularium tom. II. p. 444.

(70) Cap. 46. X. h. t.; *Ph. Hergenr.* l. c. p. 53. Quamvis Benedictus XIV. iam in eo esset, ut appellationem in concursu parochiali a mala relatione examinatorum vel ab irrationabili iudicio Episcopi potius abrogaret, tamen ob iustas causas illam non penitus interdixit, sed arctioribus limitibus circumscripsit et melius ordinavit. Cfr. Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 18. de ref.; Pii V. Const. « *In conferendis* »; Benedict. XIV. Const. « *Cum illud* » aliaque documenta huc spectantia in Act. S. Sed. vol. VII. p. 355. sq.; *Bened. XIV.*, De synod. dioec. I. IV. cap. 8. n. 8.; S. C. C. in causa S. Pauli in Brasil. d. 3. Aug. 1889.

superflua; at in possessorio ordinario appellatio omnino admittitur (71).

VIII. Generatim in causis, quae dilationem non admittunt, saltem cum effectu suspensivo appellari nequit, v.g. in causis alimentorum (72).

IX. In causis decisis secundum claros textus iuris, ita ut potius fiat appellatio contra legem, quae non censetur gravare et neque suspensivam neque devolutivam appellatorem contra se admittit (73). Id quod potissimum valet de statutis generalibus, imo licet contra statuta particularia in casu extraordinario omnino iuste appellari possit (74), tamen regulariter cum effectu suspensivo appellari nequit nec prudenter in devolutivo (75).

X. In causis, quibus Rom. Pontifex vel Concilium oecumenicum adiunxerunt clausulam " appellatione remota ", (omnibus aliis Superioribus ecclesiasticis fas non est apponendi hanc clausulam), non solum frivolae, sed etiam aliae appellationes probabiles excluduntur; at non removentur appellationes quae a iure indulgentur expresse (76).

XI. In causis, in quibus iam bis fuit appellatum, nisi in casibus a iure exceptis (77).

#### § 4. DE EFFECTIBUS APPELLATIONIS.

697. Appellatio generatim triplicem producit effectum:

I. Effectum *suspensivum*, cuius vis in eo est quod iudicis inferioris iurisdictio in ea causa sit suspensa, ut neque

(71) Cap. 2. 6. X. de caus. poss. et propr. II. 12.; cap. 10. 15. X. de rest. spol. II. 13.; cap. unic. de sequestr. II. 6. in Clem.

(72) Ph. Hergenr. l. c. p. 25.; Schmalzgr. h. t. n. 28.

(73) Cap. 26. 29. X. h. t.; c. 3. h. t. in Clem.

(74) Bouix l. c. II. p. 259.

(75) Bened. XIV., De synod. dioec. lib. XIII. cap. 5. n. 12. 13.

(76) Cap. 53. X. h. t.; Ph. Hergenr. l. c. p. 25. sq.; Schmalzgr. h. t. n. 29. Longum catalogum causarum, quibus appellatio saltem cum effectu suspensivo est interdicta, recenset Benedict. XIV. Const. " *Ad militantis* " 30. Mart. 1742. Quo in catalogo potissimum illae causae continentur, in quibus Conc. Trid. suorum decretorum executionem Ordinariis iniunxit, " appellatione aut inhibitione quacumque postposita ".

(77) Cap. 65. X. h. t. Si quis per Episcopum ex informata conscientia suspensus sit ab ordine iam suscepto, vel reiiciatur ab ordinibus suscipiendis vel ab ascensu ad maiores, ab appellatione pariter est exclusus (cfr. cit. Const. " *Ad militantis* " § 23.), sed recursus ad Rom. Pontificem sive ad S. C. C. ei non est denegatus. Cfr. Bened. XIV., De synod. dioec. lib. XII. cap. 8. n. 4. 5.

ad executionem sententiae appellatione ista suspensae (dormientis, quiescentis, non transeuntis in rem iudicatam), neque ad aliud circa hanc causam innovandum procedere possit (78).

II. Effectum *devolutivum*, quo non solum iudicium de iustitia appellationis, sed etiam de meritis causae ab inferiore ad superiorem iudicem defertur, tamquam ad iudicem competentem (79).

Quem effectum necessario omnis legitima appellatio saltem habebit; etenim licet effectus devolutivus haberi possit sine suspensivo, tamen suspensivus effectus necessario est coniunctus cum devolutivo (80). Verum per devolutionem iurisdictio in iudice, a quo est appellatum, non suspenditur, cum ad ipsam executionem sententiae a se latae procedere possit.

III. *Remedium attentatorum*. Cum per appellationem cum effectu suspensivo iurisdictio iudicis inferioris suspendatur, pendente appellatione nihil debet a iudice in causa innovari (81). Quare quidquid a iudice vel a parte appellata in praeiudicium partis appellantis attentatum est, per iudicem superiorem est revocandum ad pristinum statum (82), et inhibitionibus superioris iudicis iudex inferior ab attentatis faciendis est impediendus (83). Item parti appellanti omnes innovationes pendente appellatione sunt interdictae, sub poena privationis favoris appellationis (84).

**698. Scholion.** Controversia inter veteres canonistas agitata, num appellatio ab interlocutoria sententia producat illum

(78) Cap. 13. X. de sent. et re iud. II. 27.; cap. 7. 10. h. t. in Sext.; cap. 39. X. h. t.; *Maschat* h. t. n. 21. dicit *regulariter* appellationem parere effectum *suspensivum*, cum nihil innovandum sit pendente appellatione, nisi effectus iste speciali iure excludatur.

Effectus *suspensivus* non habetur omnibus in casibus, quibus ius appellandi *prohibetur*. Cfr. *Ph. Hergenroether* l. c. p. 10. Item effectus *suspensivus* non habetur, ubi sententia *executione* non eget, velut in censuris. Cfr. cap. 53. § 3. X. h. t.; *Bouix* l. c. p. 289.

(79) Cap. 55. 59. X. h. t.

(80) *Schmalzgr.* h. t. n. 109.

(81) C. 31. C. II. q. 6.; cap. 42. 55. 51. X. de appeil.

(82) Cap. 7. h. t. in Sext.

(83) Cap. 3. §§ 4. 5. h. t. in Sext.; *Bouix* l. c. II. p. 288. sq.

(84) *Schmalzgr.* h. t. n. 124. Practica est controversia, num iudex a quo appellatum est in una causa, recusari ut suspectus possit in alia causa. Cfr. *De Angelis* h. t. p. 307., qui admittit ipsum recusari posse, quod et *Ph. Hergenroether* concedit l. c. p. 32. propter cap. 6. et 24. de appell.



effectum transferendi cognitionem ad superiorem iudicem etiam de meritis causae principalis, nostra aetate tantum est practici momenti iis in causis, quibus a Concilio Tridentino Sess. XXIV. cap. 20. de ref. appellatio ab interlocutoriis sententiis non est sublata. Cui quaestioni ita circumscriptae probabilius affirmative videtur respondendum, si per superiorem iudicem sententia interlocutoria totaliter corrigitur; si vero confirmatur, iudici inferiori causae principalis decisio est relinquenda (85). Cui sententiae favet praxis Rotae (86), neque ab ea plane aliena fuit S. C. C. in causa Mediol. 6. Iul. 1883. (87).

De alia controversia num iudex, a quo appellatum est, tamquam suspectus recusari possit in alia causa coram eodem iudice disceptanda, consuli potest *Schmalzgr.* h. t. n. 114; *Ph. Hergenr.* l. c. p. 32.

## § 5. DE PROCEDURA IN CAUSIS APPELLATIONIS

### I. De interpositione appellationis (88).

**699.** Procedura in causis appellationis inchoari debet ab interpositione provocationis regulariter facienda coram iudice, a quo lata est sententia, aut si complures fuerint iudices, coram omnibus vel maiore parte ipsorum vel saltem separatim coram uno ex eis (89). Quod si impedimenta legitima existant, propter quae coram ipso tribunali competenti appellatio a litigatoribus interponi non possit, aliis modis a iure provisum est (90).

(85) *Reiffenstuel* h. t. n. 228.; *Schmalzgr.* h. t. n. 97. sq.; *Ph. Hergenr.* l. c. p. 45. sq.

(86) *Santi* h. t. n. 45.

(87) Act. S. Sed. vol. XVI. p. 328. sq., vol. XVIII. p. 56. sq.

(88) Quomodo procedendum in causis criminalibus, quae per appellationem deferebantur ad S. C. Ep. et Reg., statutum erat decreto eiusdem S. C. d. 18. Dec. 1835. Cfr. quoque *Droste* l. c. p. 144. sq., p. 132. sq.

(89) Cap. 59. X. h. t.; cap. 1. h. t. in Clem.; *Schmalzgr.* h. t. n. 42. sq.; *Ph. Hergenr.* l. c. p. 33.; *Schmalzgr.* l. c. addit appellationem alias invalidam esse neque effectum devolutivum aut suspensivum producere; etenim iudici, a quo lata est sententia, innotescere debet appellatio, ne ulterius procedat; quae enim interposita appellatione gererentur, tamquam attentata essent revocanda.

(90) Cap. 52. 72. 73. X. h. t.; cap. 4. de elect. l. 6. in Sext.; *Molitor*, *Proced.* p. 197.; *Bouix* l. c. p. 270. Si quis iter ad superiorem iudicem aggressus fuerat, censebatur facto, licet non verbo, appellasse. Cfr. cap. 52. X. h. t.: "Cum plus sit ad Sedem Apostolicam facto provocare quam verbo"; cap. 7. X. de dolo et cont. II. 14.: "Et si non verbo, facto tamen intelli-



**700.** Appellatio iudicialis et extraiudicialis interponenda est ex iure canonico, quod in hac re secutum est leges Iustini (91), intra decem dierum spatium (92) a recitatione sententiae parti appellare volenti, vere vel ex iuris praesumptione de momento ad momentum sine interruptione numerandum (93). Quod decendum est terminus legalis absolute peremptorius, ut a iudice neque limitari neque prorogari possit (94). At defensori vinculi coniugalis non existit tempus fatale ad interponendam appellationem (95).

**701.** In appellatione interponenda servari debet forma legitima; quare si "stante pede et viva voce", appellatio interponatur statim coram iudice post sententiam latam, sufficit ut factum appellationis ad probandum actis iudicialibus inseratur, sed si ex intervallo fiat, interponi debet per libellum appellatorium rite conscriptum (96).

gitur provocasse, arrepto itinere ad Sedem Apostolicam ». Cfr. *Schmalzgr.* h. t. n. 65.

Praeterea fieri potest coram iudice ad quem (*Schmalzgr.* h. t. n. 42. 43. 58.), si iudex in loco solito non reperiatur, aut si metu impediatur (cap. 73. h. t.); imo fieri quoque potest coram notario et duobus testibus, instrumento desuper confecto, vel etiam coram honestis viris.

(91) Novell. 23. cap. 1.; c. 28. C. II. q. 6.

(92) Antiquissimo iure Romano ad appellationem in causa propria concessum fuerat biduum, alias triduum. Cfr. c. 29. C. II. q. 6.

Quod si quis contumax sit, ex iuris praesumptione censetur scire sententiam.

*Bouix* l. c. etiam illam proponit exceptionem, quod appellatio contra gravamen inferendum semper possit proponi antequam gravamen inferatur.

(93) Cap. 15. X. de sent. et re II. 27.; cap. 8. h. t. in Sext.; cap. 3. h. t. in Clem.

(94) Cfr. quoque *Bouix* l. c. II. p. 282.

(95) Instr. *Card. Rauscher* § 184.

(96) Cfr. c. 31. C. II. q. 6.; cap. 11. 34. 59. X. h. t.; cap. 11. X. de prob. II. 19.; cap. 1. 3. h. t. in Sext.; cap. 5. h. t. in Clem.; *Bouix* l. c. p. 594. sq. Quod si appelletur in casu, quo appellatio est prohibita, causa appellandi in specie est exprimenda, quoniam appellans contra se habet praesumptionem iuris, et iudex appellationem admittere non debet, nisi per allegatam rationem probabiliter iudicare possit, appellationem esse rationabilem. Cfr. *Schmalzgr.* h. t. n. 17.

Appellatio a sententia interlocutoria, quae vim habet definitivae, pariter viva voce fieri potest; at alias appellatio ab interlocutoria scripto est facienda et cum expressione causae, neque iudex a quo eam debet admittere, nisi damnum sit irreparabile. Cfr. cap. 59. X. h. t.; cap. 1. 3. h. t. in Sext.; cap. 5. h. t. in Clem.

Quod si appellatio est facta altera parte non praesente, ea per appellantem informari debet; quod tamen, ut per iudicem fiat, in libello appellatorio exprimi et peti potest. Cfr. cap. 1. h. t. in Clem.; cap. 3. de elect. I. 3. in Clem.

Praeterea *apostoli* congruo loco et tempore sunt petendi intra 30. dies a die interpositae appellationis computandos (97). Quo tempore inutiliter elapso appellatio censetur deserta. Quod si iudex certum terminum ad recipiendos apostolos appellanti assignasset, et iste intra terminum sibi assignatum non compareat, similiter appellationi suae videtur renuntiasse (98). Si iudex apostolos denegavit, vel de facto non dedit intra terminum legitimum, appellationem suam ex tunc prosecui potest appellans (99).

## II. De receptione appellationis.

**702.** Iudex a quo, penes quem appellatio est interponenda, illam regulariter “recipere „ (suscipere, admittere) eique deferre tenetur (100), neque illam “recusare „ (repudiare, respuere) (101) potest, nisi in casibus a iure exceptis (102). Quod si dubia sit causa iusta appellationis, potius in reverentiam superioris iudicis illam admittat iudex inferior, qui, licet minus iuste appellationi deferat, tamen a se iurisdictionem etiam in tali casu abdicavit et totius causae decisionem in superiore iudicem transtulit (103).

**703.** Postquam iudex inferior cognovit appellationem intra decendum et in forma legitima fuisse interpositam, ex antiquo iure ad instantiam ab appellante parte intra triginta dies proponendam concedere debuit *apostolos* (ἀποστέλλω, dimitto) sive litteras dimissoriales, quibus declarat, iusto tempore et modo fuisse appellatum, et se universam causam ad superiorem iudicem transferre (104). Quod si iam *Devoti*, Inst. can. lib. III. tit. 15. § 11. monuit: “Sed nunc fere nullus in foro est apostolorum usus „, sane illud concedendum est, ex praxi nunc vigenti, ius antiquum de “apostolis „ in simpliciore formam esse redactum et non pauca uno libello ap-

(97) Triginta illos dies iuxta *Leuren* potest iudex et abbreviare et prolongare. Cfr. Acta S. Sedis 1889.-90. in causa Melitensi.

(98) Cap. 6. h. t. in Sext.; cap. 2. h. t. in Clem.

(99) *Ph. Hergenr.* l. c. p. 36. sq.

(100) Cfr. rubr. D. XL. 5.; cap. 21. X. h. t.; cap. 31. X. h. t.; *Bouix* l. c. p. 285. sq.

(101) L. 3. Cod. VII. 65.; cit. cap. 21. X. h. t.

(102) Cap. 5. 7. 15. X. h. t.; cap. 5. h. t. in Sext.

(103) Cap. 5. h. t. in Sext.

(104) *Schmalzgr.* h. t. n. 74. sq.; *Ph. Hergenr.* l. c. p. 36. sq.

pellatorio atque ex officio per iudicem absolvi, quae antea distinctis actibus et ab ipsis litigatoribus erant curanda (105).

Praeterea acta iudicialia in forma legitima ab inferiori tribunali ad tribunal, ad quod appellatum est, sunt transmittenda (106).

### III. De introductione et prosecutione et fine appellationis.

704. Omnibus actibus iudicialibus expletis in tribunali, a quo appellatum est, "introducenda est" appellatio per partem appellantem in tribunali iudicis, ad quem appellatum est. Quae introductio appellationis, qua iudici superiori traduntur apostoli, exponitur gravamen contra sententiam eiusque imploratur officium, ut causam denuo examinet atque definiat, "appellationi imponit exordium", litis contestationi primae instantiae comparatur et ex praxi communiter recepta fit in forma scripta (107). Cui introductioni coniungi potest petitio contra attentata, forte a iudice inferiore commissa, neque quidquam obstat, quominus illico etiam scripta defensio appellationis tradatur (108).

(105) *Schulte*, Eheprocess § 64. p. 203. not. 1., ubi discrimen insinuat inter ius commune et § 102. Instr. *Card. Rauscher* simulque addit in praxi hanc abbreviationem procedurae fuisse introductam et eam etiam ratam haberi a *Devoti*, Inst. can. lib. III. tit. 15.

(106) Cap. 11. X. de prob. II. 19.; Decret. Clementis VIII. "Ad tollendas" art. 9. 11.; Conc. Trid. sess. XIII. cap. 3. de ref., sess. XXIV. cap. 20. de ref.; Decret. S. C. Ep. et Reg. 18. Dec. 1835.

(107) At ex cap. 9. X. de renunt. I. 9. videtur sequi, quod etiam viva voce possit introduci.

(108) Propria litis contestatio in appellatorio *necessario* non requiritur, cum *obiectum* controversiae per litis contestationem factam in prima instantia satis sit determinatum. Cfr. cap. 58. 70. X. h. t. Quare ex cap. 18. X. de testam. III. 26. eius *necessitas* nequit deduci, sed ad summum inferri potest contestationem litis etiam in instantia appellationis non esse *exclusam*.

Quod si appellans non est unus ex litigatoribus, sed talis persona, quae interesse habet, in primis ius ad appellandum debet probare. Cfr. cap. 17. de rest. in integr. II. 27.

Post appellationem introductam, appellanti unilateralis renunciatio appellationi non iam est concessa. Cfr. cap. 70. § 2. X. h. t.; cap. 10. 44. X. de elect. I. 6. in Sext.

Qua in re differt "introductio" ab "interpositione", quae intra decendium semper retractari potest; at nunc id non amplius potest sine damno et contra voluntatem appellati.

Ipsa hac renuntiatione appellanti generatur praeiudicium; nam etiamsi illam deserat, iudex appellationis retinet iurisdictionem et de expensis cognoscit. Ita fere *Ph. Hergenroether*, qui *Leuren* secutus est.

**705.** Ex iuris canonici sanctionibus iudex, a quo appellatum est, congruum tempus assignare potest, intra quod appellans suam appellationem in superiori tribunali introducat (109). Qui terminus si ab appellante negligatur, appellatio censetur deserta, nisi iustum impedimentum intervenerit (110). Quod si iudex a quo certum quoddam tempus introducendae appellationis non determinavit, standum est tempori longissimo ex iuris dispositione concessio, ultra quod etiam iudex terminum introducendae et prosequendae appellationis extendere nequit. Tempus illud a iure concessum ita est computandum, ut appellans infra annum a die interpositionis appellationis illam in superiori tribunali introducere et prosequi et finire teneatur (111). At ex iusta causa conceditur bienium, et tempore illo inutiliter elapso appellatio censetur deserta (112).

**706.** Post introductam appellationem in superiore tribunali iudex ecclesiasticus, antequam de meritis appellationis cognoscat et decernat, praevia inquisitione examinet et definiat necesse est, num appellatio rite sit introducta, scilicet ab appellante habili, in causa permissa, solemnitatibus servatis, ad iudicem vere competentem. Quae quaestiones solutae per sententiam appellanti favorabilem viam sternunt, ut iudex praemissis forte inhibitionibus propter attentata procedat ad ulteriora, et incipiat disceptationem principalem de meritis causae. Cognitio iudicialis in appellatorio inchoatur correctione scripturae sive libelli iustificationis gravaminum per appellantem, nisi is "ad acta submittat", i. e. iudicem remittat unice ad examen actorum iudicialium primae instantiae. In libello iustificationis "novum capitulum", sive nova plane controversia, nequit introduci, at novis argumentis appellatio a sententia definitiva potest iustificari (113): "appellanti vero ab interlocutoria... non licet alias causas prosequi, quam in appellatione sua nominatim dumtaxat expressas" (114). Cui libello iustificationis appellatus suam opponere potest scripturam exceptionis.

(109) Cap. 5. 33. 44. 57. 61. 64. X. h. t.; cap. 1. h. t. in Sext.; cap. 4. h. t. in Clem.; Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 20. de ref.

(110) Cap. 3. h. t. in Clem.

(111) Cap. 3. h. t. in Clem.

(112) Cap. 8. X. h. t.; *Bouix* l. c. II. p. 283. sq. 279.; *Ph. Hergenr.* l. c. p. 39. sq.

(113) Cap. 4. X. h. t.; cap. 10. X. de fid. instrum. II. 22.

(114) Cap. 5. h. t. in Clem.



707. Si iudex universam causam mature cognovit neque aliud sibi requirendum vel inquirendum existimat (115), per sententiam a se latam (non remissione causae ad iudices inferiores nisi partes consenserint) (116) de appellationis meritis debet pronuntiare, utrum bene an male sit iudicatum, confirmando priorem sententiam, si bene sit iudicatum, cassando, si male fuit iudicatum, aliamque sententiam substituendo etiam in favorem appellati forte ad superiorem iudicem non recurrentis (117).

708. Praeter sententiam a iudice superiore latam et executioni mandatam appellatio etiam cessare potest per transactionem vel renuntiationem expressam vel tacitam (118). Huiusmodi renuntiatio ab ipso iure praesumitur, si tempora legitima ad interponendam vel prosequendam appellationem non observantur (119).

#### § 6. DE QUERELA NULLITATIS.

709. Sententia a iudice ecclesiastico lata potest esse invalida: aut propter incompetentiam aliamque inhabilitatem iudicis vel partium; aut propter formam essentialem in procedura canonica non servatam, v. g. ob omissionem citationis rei vel defensoris vinculi matrimonii; aut propter decisionem datam contra clarum apertumque iuris aut actorum iudicialium tenorem (120).

(115) *Inst. Card. Rauscher* § 185.

(116) *Cap. 45. X. h. t.*

(117) *Cap. 16. 18. X. de testam. III. 26.; Ph. Hergenr. l. c. p. 44. sq.*

(118) *Cap. 35. 70. X. h. t.; cap. 20. X. de offic. et pot. iud. del. I. 29.; cap. 25. X. de testib. II. 20.; cap. 4. h. t. in Sext.*

(119) *Cap. 6. h. t. in Sext.; S. C. Ep. et Reg. d. 23. Ian. 1880. in Act. S. Sed. vol. XII. p. 361. sq.*

(120) *Cap. 3. X. de consuet. I. 4.; cap. 2. de V. S. V. 11. in Clem.; cap. 10. X. de vit. et hon. III. 1.; L. 4. Cod. de sentent. VII. 45.; cap. 1. 8. 13. X. de sent. et re iud. II. 27.; Bouix l. c. II. p. 405. sq.* Naturalis sequela querelae nullitatis est, quod sententia nulla executioni mandari non possit, nisi quis tres sententias contra se habeat. Quo in casu primo loco debet fieri executio, deinde admittitur ad agendum de nullitate, et si probetur, revocatur executio. *Cfr. cap. 1. de sent. et re iud. II. 11. in Clem.*  
Si nullitas proponitur per modum exceptionis, ut omnes aliae exceptiones est perpetua. In quantum autem est actio, subiaceat praescriptioni. *Cfr. Durantis l. c. n. 30.*

*Cfr. etiam de querela Oberkamp in Arch. f. k. KR. t. 18. p. 309. sq., ubi rem bene exponit quoad causas matrimoniales.*



710. In antiquo iure Romano contra sententias nullas et irritas, nisi res esset aperta (121), appellatio ut iuris remedium admittebatur (122); propria quaedam querela sive actio nullitatis non existit, neque ius canonicum antiquum ab ista praxi fuit alienum (123). Praeterea exceptio fuit concessa contra invalidas sententias (124). Tandem ex saeculo 13., inde a tempore Innocentii III., introducta est propria quaedam actio nullitatis in foro ecclesiastico (125). Ex foro ecclesiastico ista praxis etiam in forum saeculare transiit (126).

711. Definitiva sententia invalida nullam habet vim iuridicam, ideoque ab eodem iudice ecclesiastico, dummodo ordinarius sit, revocari potest (127). At cum querela nullitatis etiam apud superiorem iudicem appellationis proponi non prohibeatur, neque exclusa sit cumulatio querelae nullitatis cum vera appellatione, nondum quidem abrogata dici potest, generali consuetudine prohibente, illa facultas petendi declarationem nullitatis sententiae definitivae ab eodem iudice ordinario, qui illam tulerat (128); attamen consuetudine multum propagata et expressis quoque legibus particularibus statutum est, ut non tantum convenienter *possit*, sed *debeat* proponi querela nullitatis apud illum superiorem iudicem, penes quem interponenda esset appellatio (129). Inde quoque effectum est, ut saltem quoad querelas de nullitate sanabili, tempus quoddam peremptorium, v. g. 10. dierum secundum analogiam decendii in appellationibus, pariter interponendae querelae nullitatis determinaretur (130). Alias tempus 30. annorum concessum est.

(121) L. 12. D. h. t.

(122) L. 19. D. h. t.

(123) Cap. 1. X. de sent. et re iud. II. 27.; *Muenchen* l. c. I. p. 587.

(124) Cap. 4. X. de procur. I. 38.; cap. 1. de sequestr. II. 6. in Clem.

(125) Cuius praxis testis iam est *Durantis* l. c. lib. II. partic. 3. tit. de sententia § iuxta n. 27.; cap. 1. de sent. et re iud. II. 11. in Clem. « ad agendum de nullitate ».

(126) *Renand* l. c. § 183. sq.

(127) *Bouix* l. c. II. p. 407. sq.

(128) Ut videtur existimare *Bouix* l. c. II. p. 410., sed cfr. exemplum pro contraria praxi ex ann. 1864. in Arch. f. k. KR., tom. 21. p. 417. sq.

(129) Gregor. XVI., Regol. Giud. § 778. sq. Delle eccezioni di nullità degli atti giudiziali, §§ 977. 978.; Instr. Card. Rauscher §§ 187.-191. 240.; Instr. Prag. (a. 1869.) §§ 49. 50. 83.

(130) Cfr. text. modo cit. et cap. 1. de sent. et re iud. II. 11. in Clem.; *Droste* l. c. p. 150.; *Schulte* l. c. § 69.; *Bouix* l. c. p. 411.; *Ph. Hergenr.* l. c. p. 4.

## § 7. DE RECUSATIONIBUS IUDICIS ET RELATIONIBUS.

712. I. Recusatio iudicis, quae est iudicis ex causa legitima suspecti et iurisdictionis eius declinatio, proposita causa suspicionis, quamvis ab appellatione differat in non paucis, tamen cum illa in aliis, praesertim quoad suspensionem iurisdictionis in iudice, aliquam habet similitudinem (131). Quare alio quoque in loco ista pars rubricae huius tituli convenienter posset explicari (132); et revera in collectionibus iuris, exceptis Decretalibus Gregorii IX. et Compilatione I., rubrica huius tituli tantum continet verba: "De appellationibus." (133).

713. Ius est partium generatim iudicem ecclesiasticum ex iusta causa suspectum, nisi ipse iam ex officio et sponte a causae cognitione abstineat, per exceptionem legitime propositam recusandi (134).

Quod ius recusationis competit litigatoribus contra omnes iudices ecclesiasticos sive ordinarios sive delegatos (135), minime vero contra Rom. Pontificem; itemque Episcopus in actu visitationis tanquam suspectus recusari nequit (136). Causae, ob quas iudex ecclesiasticus recusari potest, taxative in iure non sunt expressae (137), sed quaelibet causa rationalis sufficit pro prudenti iudicis arbitrio. Attamen causae istae ipsi iudici allegandae et probandae sunt ab initio ante litis contestationem, nisi causa suspicionis supervenerit aut solummodo post litis contestationem cognita fuerit (138).

Cognitio de causis suspicionis iure Decretalium spectabat ad arbitros iuris in forma legitima electos iuxta cap. 41. §. 1., cap. 61. X. h. t., cap. 11. de off. et pot. iud. deleg. I. 14. in Sext.; at nostra aetate etiam alia praesto sunt remedia (139).

(131) *Schmalzgr.* h. t. n. 130. sq.

(132) *Durantis* l. c. lib. I. partic. 1. tit. de recusatione; *Pillius* l. c. P. I. § 7. sq. de recusatione iudicis; *Bouix* l. c. tom. I. p. 179. sq. 517. sq.

(133) Cfr. quoque *Tancred.* l. c. P. II. tit. 6.; *Wernz* h. t. V. n. 115. Cfr. *Ph. Hergenroether* l. c. p. 30. sq. de principio in cap. 12. X. h. t. enuntiatio: "Ubi appellationis remedium tollitur, sicuti appellationi, ita recusationi non est aliquatenus deferendum".

(134) Cap. 10. X. de for. comp. II. 2.; cap. 25. X. de offic. et pot. iud. del. I. 29.

(135) Cap. 5. 14. X. de off. et pot. iud. del.; cap. 41. 42. 61.

(136) Decret. Clem. VIII. 21. Maii 1603.; *Ph. Hergenr.* l. c. p. 51.

(137) *Wernz* h. t. V. n. 114.

(138) Cap. 25. X. de off. et pot. iud. del. I. 29.; cap. 4. de except. II. 25.; *Wernz* h. t. V. n. 458.; *Droste* l. c. p. 44.

(139) *Schulte* l. c. § 8. II.

Effectus principalis recusationis est, quod suspendatur iurisdictio iudicis recusati, donec soluta sit quaestio de iusta causa suspicionis (140).

714. II. Relationes sive consultationes, pro more loquendi Romanorum inde a Constantino magno, dicebantur illae litis expositiones inferiorum iudicum ad Imperatorem transmissae, a quorum sententia ad audientiam imperialem fuerat appellatum (141).

In foro ecclesiastico relatio dicitur aut illa expositio litis, quam auditor (compiler actorum, iudex instructionis) iudici causam sententia definitiva decidenti proponit, aut praesertim intelligitur consultatio iudicis inferioris, in causa *de iure* dubitantis, transmissa ad principem (Rom. Pontificem), ut sciat, quid in iudicando sequatur (142). Capite 68. X. h. t. exponitur forma, qua relatio sit facienda, sed dubitari potest, num haec adamussim, sicuti a Doctoribus quibusdam explicatur (143), etiam nostra aetate sit servanda, si Episcopus propter dubium iuris in processu canonico ortum recurrat ad Sedem Apostolicam (144). Nequit vero existere dubium, quin Episcopus ante acceptum responsum sententiam definitivam ferre non possit. Hinc quoque patet relationes, saltem in foro ecclesiastico, nondum plane in desuetudinem abiisse (145).

#### § 8. DE CLERICIS PEREGRINANTIBUS

715. Titulus de clericis peregrinantibus sese habet ad instar brevis cuiusdam appendicis tituli de appellationibus. Pe-

(140) Cap. 41. § 1. X. h. t.; *Ph. Hergenroether* l. c. p. 30. sq.

(141) Cfr. *Vering*, *Gesch. u. Pand.* § 113. i. f.

(142) Cap. 22. X. de elect. l. 6.; S. C. C. in caus. Limburg. decis. die 19. Ian. 1889.; *Durantis* l. c. de relat.

(143) V. gr. a *Santi* h. t. n. 54. aliisque.

(144) Cfr. cit. causam Limburgensem.

(145) Ex dictis patet relationem non transferre totam causam ad superiorem iudicem, sed consultatio respicit solam quaestionem *iuris*. Quod si iudex dubitet de facto, non Superiorem consulere, sed per se ipsum rem in tuto ponere debet. Ita recte *Santi* h. t. n. 53. Quod principium sane ob oculos habendum est ab iis, qui potius de quaestionibus facti quam iuris Romam recurrunt.

Effectus relationis in primis est, ut suspendatur iurisdictio iudicis inferioris usque ad responsionem datam a Principe; nam iudex nequit applicare ius ad factum. Qua ratione relatio appellationi aequiparatur. Cfr. cap. 5. X. de off. legat. l. 30.

regrinantes hoc titulo intelliguntur Romipetae, sive omnes illi, qui Romam proficiscuntur ad visitanda limina Apostolorum, vel ex alia causa necessaria aut probabili ad Sedem Apostolicam accedunt. Quamvis in rubrica de solis clericis agatur, tamen laici quoque comprehenduntur, tum propter paritatem rationis, qua unica lex favorabilis h. t. de cler. peregr. nititur, tum propter rubricam plane generalem “ de peregrinantibus „ in secunda compilatione antiqua lib. II. tit. 20., tum propter indistinctum modum loquendi, quo aliis in capitibus (146) principalis favor huius tituli quoad appellationes commemoratur. Qui Romipetae, ut patet ex verbis cap. unic. h. t. de cler. peregr., sub speciali protectione Sedis Apostolicae erant constituti, sicuti milites cruce signati (147). At poenae excommunicationis, quibus secundum analogiam privilegii canonis clericorum, violatores et spoliatores Romipetarum quondam plectebantur (148), propter silentium Pii IX. in Const. “ *Apostolicae Sedis* „ omnino sunt abrogatae.

716. “ Cum plus sit ad Sedem Apostolicam facto provocare quam verbo „ (149), “ et si non verbo, facto tamen intelligitur provocasse, arrepto itinere ad Sedem Apostolicam „ (150), ideo Romipetis concessum est privilegium, ut iter assumptum ad Sedem Apostolicam intra decem dies a sententia lata vel gravamine illato, etiam apostolis non petitis, vim atque effectum haberet appellationis, dummodo iudici vel parti intimaretur iter aut esset arreptum ante citationem (151), aut cognitae non essent Litterae Apostolicae, quibus adversarius deputationem delegati obtinuit (152). Nec clara et solida ulla apparet ratio, quare iam nostra aetate, qua necessitas illa petendi apostolos non iam adeo urget (153), hic modus interponendi appellationem sit plane abrogatus, ut videntur opinari *Ph. Hergenroether* l. c. p. 33. alique recentiores scriptores.

Constitutioni Eugenii IV. “ *Divina* „ octavo Idus Martii 1432. a Concilio Tridentino Sess. XIII. cap. 1. i. f. de reform.

(146) Cap. 52. X. de appell. II. 28.; cap. 7. X. de dolo et cont. II. 14.

(147) *Hefele*, Concilieng. tom. V. p. 222. 232. 250. 380. 900. 1008.

(148) Cfr. c. 22. C. XXIV. q. 3. et Bullam Coenae §§ 9. 10.

(149) Cap. 52. X. de app. II. 28.

(150) Cap. 7. X. de dol. II. 14.

(151) Cap. 19. X. de for. comp.; cap. 9. X. de appell.

(152) Cap. 15. X. de appell.; cap. unic. h. t. de cler. peregr.

(153) *Devoti*, Inst. can. l. III. tit. 15. § 11.

derogatum est quoad parochos et alios beneficiatos curatos residentiam negligentes, at non quoad " quoscumque alios pro suis et suorum causis vel negotiis prosequendis ad Sedem praedictam (i. e. Apostolicam) venientes „; sed censurae latae sententiae ab Eugenio IV. contra Ordinarios aliosque suam Constitutionem violantes promulgatae propter silentium Pii IX. in Const. " *Apostol. Sedis* „ non amplius vigent (154).

## TITULUS XL.

### DE CONFIRMATIONE UTILI VEL INUTILI.

(*Lib. II. tit. 30. de conf. utili vel in.*).

**717. Fontes:** Cpl. I. lib. II. tit. 21. de conf. u. vel inut.; Cpl. II. lib. II. tit. 21. eod.; Cpl. III. lib. II. tit. 20. eod.; Cpl. V. lib. II. tit. 20. eod. — Decretal. Gregor. IX. lib. II. tit. 30. eod.

**Scriptores:** Commentator. iur. Decretal. in h. t.; *Zech* l. c. tit. 35. de conf. u. vel in.; *Devoti*, Inst. can. lib. III. tit. 16. de in integr. rest. §§ 9. 10. — *Suarez*, De legib. lib. VI. cap. 26. n. 14. sq.; *Bened. XIV.*, De synod. dioec. lib. XIII. cap. 3. cap. 5. n. 11.; *Lega* l. c. I. 379. sq. 616.

### Praenotiones.

**718.** Quemadmodum qui in iudicio condemnatus est, per appellationem a superiore iudice non raro postulat, ut sententia contra se lata " infirmetur „, ita victor in causa sententiae " confirmationem „ (1) petere solet. Qua ratione iste titulus solummodo est appendix tituli praecedentis de appellationibus. Verum latius patet haec rubrica in Decretalibus

(154) Conc. Trid. l. c. ed. *Richter* p. 180.; *Santi* h. t. de cler. peregr. n. 3. 4.; *Giraldi*, Expositio Iur. Pont. P. I. sect. 309.

(1) Ab ista confirmatione in vero iudicio appellatorio data distinguenda est illa confirmatio sententiae iudicialis inferioris tribunalis ecclesiastici, quae citra appellationem alterius partis a victore maioris securitatis causa v. g. a Rom. Pontifice petitur. Cfr. cap. 3. X. h. t.; cap. 4. X. de sent. et re iud. II. 27.

Item confirmatio sententiae iudicialis extra iudicium appellatorium habetur, si sententia praesertim in causis criminalibus vel matrimonialibus a collegio quodam iudicum cum voto decisivo lata ante promulgationem Episcopo vel Romano Pontifice pro approbatione vel confirmatione est proponenda. Cfr. v. g. Instr. *Card. Rauscher* § 178.; Instr. Prag. (a. 1869.) §§ 45. 81. Quae praxis " confirmandi sententias matrimoniales „, v. g. per ministrum iustitiae, licet in foro saeculari paucis quibusdam vestigiis exceptis, non sine gravibus rationibus sit passim derelicta, tamen in foro ecclesiastico propter dispares plane rationes merito retinetur.



nec solam comprehendit confirmationem *sententiae iudicialis* in instantia appellationis, sed generaliter confirmationem actuum gestorum vel iurium, veluti possessionum, privilegiorum, statutorum, pactorum. Cum enim multa, quae etiam extra iudicium fiunt, multiplici ratione impetantur, pro maiore firmitate atque securitate actus, supremi principis vel alterius competentis magistratus petitur confirmatio.

### § 1. DE NOTIONE ET DIVISIONE CONFIRMATIONIS.

**719.** Confirmatio in foro ecclesiastico generatim est approbatio (ratihabitio (2), ratificatio) actus gesti vel iuris prius quaesiti, per competentem Superiorem ecclesiasticum eo fine facta, ut per accedentem novum iuris effectum eorum securitas et firmitas augeatur.

Quodsi non raro confirmatio dicitur corroboratio, discrepant, inquit *Zallinger* h. t. § 456., grammaticaliter voces “confirmatio” et “corroboratio”, sed, ut saepe fit, ideae non discrepabunt, nisi concipias per auctoritatem legitimi Superioris ad ius iam antea competens, vel ad actum gestum, accedere quendam effectum iuris. Quare ut verbis magis distinctis res distinctae enuntientur, confirmatio appellari potest approbatio vel ratihabitio, quae et personae privatae et personae publica auctoritate praeditae propria est, dum confirmatio sensu stricto nonnisi magistratui publico competit.

Praeterea confirmatio proprie dicta accedit ad actum vel ius saltem aliqua ratione in sese *validum*; hinc si per accedentem confirmationem ex actu in se invalido fit actus validus, potius habetur dispensatio sive nova concessio, non

(2) Ratihabitio est **consensus**. Qui consensus aliud quid est in *pacto*, aliud quid in *lege*, v. gr. si Rom. Pontifex consentit *absoluto* suo voto in aliqua sessione solemnii Concilii *oecumenici*. Consensus iste seu actus ab *effectu*, qui per eum producitur, vocatur “confirmatio”, quia per eum actus est iam firmus, et si de definitione dogmatica agatur, etiam irrefragabilis.

Huiusmodi effectus novus accedens est v. gr. praesumptio iuris actus rite gesti ex confirmatione iudiciali (cfr. cap. 6. X. de renunt. I. 9.), *maior securitas* partium, inter quas actus gestus est (cfr. cap. 2. X. de pactis I. 35., ubi legitur “pro securitate partium”), *maior fiducia* eius, qui ius suum exercet, veluti cum Archiepiscopus ad exstirpandam pravam consuetudinem excommunicavit clericos sui suffraganei (cfr. cap. 3. X. de instit. III. 7.; cap. 16. X. de praescript. II. 26). Porro talis effectus accedens esse potest, ut in causa a superiore confirmata inferior iudex iudicare vel immutare non amplius possit. Cfr. cap. 1. 2. X. h. t.

proprie dicta confirmatio. Distinguenda igitur est vis sive validitas actus gesti vel iuris in se et ante confirmationem antecedentem. Exinde repetenda est accurata notio confirmationis utilis vel inutilis; illa enim est in sese valida et novum illum effectum in actu gesto vel iure producit, haec in se invalida est atque nullum producit effectum.

**720. Confirmatio utilis dividitur:**

I. In *essentialem* et *accidentalem*. Essentialis duplici ratione habetur. Etenim aut totam essentiam alicui actui legitimo dat, v. g. statutis a monialibus, quae iurisdictione ecclesiastica carent, mutua *conventionem* conditis, Superior ecclesiasticus sua confirmatione dat vim *legum ecclesiasticarum*; aut saltem quasi formam substantialem dat statuto in sese iam ab aliqua publica auctoritate condito, sed ita imperfecto, ut vim plenam nondum habeat, v. g. decretum ab oecumenico Concilio in solemni sessione approbatum Rom. Pontifex forte non praesens ratum habet (3). Accidentaliter dicitur illa, quae accedens ad actum legitimum vel legem, in sese et ex propria auctoritate legislatoris vim iam habentem, illam solummodo auget. Ita v. g. decreta Conciliorum provincialium ab ipsa iurisdictione Episcoporum plenam suam vim obligandi habent, si completa prius Romae revisione, tamquam *conditione* sine qua non, a Metropolitano promulgantur (4).

II. In *simplicem* vel *ordinariam* vel “ *in forma communi* „ datam; et in *specialem* sive “ *in forma specifica* „. In illa nequaquam universus actus accurate et singillatim examinatur nec absolute datur approbatio, sed tantum conditionate, scilicet si iuste, canonice et provide omnia facta sint et dummodo sacris canonibus, Concilii Tridentini decretis et Constitutionibus Apostolicis non adversentur. Haec vero in eo consistit, quod actus legitimus, post diligens et accuratum examen, nulla adiecta conditione, absolute a Superiore ecclesiastico cum clausula “ *motu proprio atque ex certa scientia* „ vel aequipollente formula confirmatur (5).

III. In *necessariam*, quae ita requiritur, ut sine illa actus non habeat plenum effectum, velut electio canonica sine confirmatione competentis Superioris ecclesiastici; et in *volun-*

(3) Si accedat *consensus* Rom. Pontificis habetur *causa efficiens completa*; antea tantum *subiectum* iurisdictionis essentialiter *subordinatum* et *inadaequata* distinctum a Rom. Pontifice.

(4) Suarez l. c. n. 16.

(5) Schmalzgr. h. t. n. 31. sq.

*tariam*, quae est res consilii, et tantum utilitatis causa petitur, ut actus sine confirmatione plene subsistens maiorem auctoritatem consequatur (6).

## § 2. DE VI ET EFFICACIA CONFIRMATIONIS.

721. Confirmatio *in forma communi* data naturam actus confirmandi non mutat illumque validum esse supponit (7), neque valorem ipsi tribuit, si forte invalidus existat (8). Quare v. g. decretum Concilii provincialis, etiam obtenta confirmatione ordinaria, manet decretum Concilii provincialis, et tutor testamentarius, licet confirmatione iudicis indigeat, non censetur tutor datus. Sua tamen utilitate non caret haec confirmatio, etiamsi tantum voluntaria sit, cum actui maiorem conciliet auctoritatem, removeat oblocutiones, faciliorem reddat executionem (9).

Multo magis confirmatio necessaria vere utilis est, cum sine illa actus etiam validus plenum effectum sortiri non possit, v. g. confirmatio Concilii provincialis vel tutorum vel electionis canonicae (10).

722. Confirmatio *in forma specifica* vim maiorem habet, ita ut aequivaleat novae concessioni, actumque gestum, si forte invalidus sit, validum efficiat, nisi laboret defectu, in quo ex iure divino Superior ecclesiasticus dispensare non potest, v. g. si desit consensus iure naturali requisitus, velut in matrimonio, aut in quo dispensare saltem non solet, v. g. princeps non solet tollere ius quaesitum tertii (11).

Quae confirmatio "in forma specifica", si per Rom. Pontificem detur legi inferioris, v. g. Concilii provincialis, illius decreta transmutat in veras leges pontificias. Cuius confirmationis is est effectus, ut v. g. Concilium provinciale vel Capitulum generale leges ita approbatas sine consensu Rom. Pontificis non iam mutare possint. Id quod inferiori legisla-

(6) Cap. 3. X. h. t.

(7) Cap. 5. X. de concess. praeb. III. 8.

(8) Cap. 7. X. h. t. in quo Rom. Pontifex refert laudum contra formam iuris et compromissi fuisse datum et non obstante confirmatione accepta a praedecessore declarat tale laudum non valere.

(9) Schmalzgr. h. t. n. 4.; Reiffenstuel h. t. n. 6.

(10) Zallinger h. t. §§ 465. 466.

(11) Cap. 8. X. h. t.; Schmalzgr. h. t. n. 4. 7. Item clausula "ex certa scientia" nihil operatur in iis, quae princeps ignorare praesumitur, ut sunt ea, quae in facto consistunt, v. g. consuetudines particulares.

tori non est prohibitum, si Rom. Pontifex tantum in forma communi statuta particularia confirmarit (12). At nequaquam lex disciplinaris inferioris legislatoris per confirmationem R. Pontificis in forma specifica extenditur ad universam Ecclesiam, nisi R. Pontifex expressis verbis extensionem statuat (13).

723. Quae de confirmatione legum dicta sunt, ea, servata proportionem, ad iudicia quoque sunt applicanda. Quare confirmatio data in forma communi a Rom. Pontifice non impedit iudicem inferiorem a causae cognitione (14), cum Rom. Pontifex tali confirmatione actum non faciat suum neque suo tribunali reservet. At iudices inferiores cognoscere et iudicare nequeunt de causis specifica confirmatione (15) Rom. Pontificis munitis, v. g. clausula illa "sublata facultate aliter iudicandi", nisi novum mandatum speciale accipiant a Rom. Pontifice, vel certum sit, quod per suggestionem falsi confirmatio sit obtenta (16). Huc quoque referendae sunt decisiones datae cap. 1. 3. 5. 6. X. h. t. (17).

(12) Cap. 8. 9. X. de constit. l. 2.

(13) Suarez l. c. n. 17. sq.; *Benedict. XIV.* l. c. in font. Haec principia de confirmatione utiliter ob oculos habentur tum in tractatu de infallibili magisterio Rom. Pontificis, v. g. cum confirmat Concilia provincialia vel decreta SS. Congreg. Cardinal. (cfr. *De Angelis* l. c. t. I. part. V. p. 213. 217.), tum in quaestionibus de valore decretorum disciplinarium Sac. Congr. vel Concil. provinc. Cfr. quoque Arch. f. k. KR. t. 9. p. 161., ubi *Ios. Herogenroether* recte reprehendit, quod *Papp-Szylagyi* vim obligatoriam Concilii provincialis a Rom. Pontifice approbati nimis extendat, scilicet ultra provinciam!

(14) V. gr. quatenus iudicat, num *actus*, cui accessit confirmatio communis Rom. Pontificis fuerit validus. Cfr. reg. 42. iur. in Sext. Quia *accessorium* sequitur *principale*.

(15) *Zallinger* l. c. tradit aliquos etiam docere indiscriminatim propter cap. 1. et 2. h. t. tum ordinaria tum specifica confirmatione effici, ut iudex inferior prohibetur de re confirmata cognoscere aut eam immutare, et propter argumentum deductum ex cap. 65. X. de appell. sequi, quod Rom. Pontifex talem causam ad se advocaverit, et sub suam protectionem receperit. Sed *Pirhing* l. c. hanc sententiam bene refutat, eo quod sermo ibi sit de confirmatione speciali.

(16) Cap. 2. X. h. t. Secundum stylum Curiae clausulae (quas refert *Zallinger* l. c. § 462. et sunt clausulae confirmationis specialis) os partibus claudunt et manus iudicis inferioris ligant, ita ut iudex super tali actu vel iure sic confirmato *iudicare* aut quidquam *immutare* non possit, nisi is, in cuius praedictum clausulae cedunt, obtineat a R. Pontifice aperi-tionem oris. Cfr. *Zech* h. t. § 482.

(17) *Pirhing* h. t. n. 11. sq.; *Zallinger* h. t. § 465.



**724.** Confirmatio privilegiorum Episcopis vel ordinibus religiosi concessorum potest esse plane necessaria, si ad tempus certum vel ad vitam concedentis Rom. Pontificis (" ad beneplacitum nostrum ") sunt concessa. Quodsi privilegia confirmantur, quae a Rom. Pontifice vel a Concilio Tridentino antea fuerunt revocata, per confirmationem Rom. Pontificis in forma communi datam non reviviscunt; secus dicendum, si in forma specifica denuo confirmantur.

Illa vero confirmatio privilegiorum, quae est innovatio materialis instrumentorum, ne vetustate pereant, ipsis privilegiis concessis auctoritatem, qua antea carebant, nulla ratione addit, sed quam vim habent, illam conservant (18).

## TITULUS XLI.

### DE IN INTEGRUM RESTITUTIONE.

(*Lib. I. tit. 41. de in int. rest.*).

**725. Fontes:** § 6. Inst. de actionib. IV. 6.; Dig. IV. 1. de in integr. restitutionib., 2.-6.; Cod. II. 22. de in integr. restitutione minor., 23.-54. (1) — c. 10. C. II. q. 6.; C. XXXV. q. 9. — Cpl. I. lib. I. tit. 22. de in integr. restit. ecclesiae vel minorum; Cpl. III. lib. I. tit. 24. de in integr. restit.; Cpl. IV. lib. I. tit. 17. eod.; Cpl. V. lib. I. tit. 23. eod. — Decret. Gregor. IX. lib. I. tit. 41. eod.; Decretal. Bonifac. VIII. lib. I. tit. 21. eod.; Constit. Clem. V. lib. I. tit. 11. eod. — Bened. XIV. Const. " *Si datam* " 4. Mart. 1748.

**Scriptores:** Comment. iur. Rom. in cit. tit.; *Arndts-Serafini* l. c. § 117. sq.; *Van Weller* l. c. § 104.; *Vering*, Gesch. u. Pand. § 134.; *Renaud* l. c. § 188. sq.; *Keller* l. c. §§ 79. 80. — Comment. iur. Decretal. in h. t.; *Zech*, De iure rer. eccl. sect. IV. tit. 24. de in integr. restit.; *Devoti*, Inst. can. lib. III. tit. 16. de in integr. rest. — *Tancred.* l. c. P. IV. tit. 6. de in integr. rest.; *Durantis* l. c. lib. II. part. 3. tit. de rest. in integr.; *Muenchen* l. c. I. p. 571. sq. — *Ponsius* l. c. p. 134. sq. — Cfr. de restitutione in integrum in causa matrimoniali: *Oberkamp* in Arch. f. k. KR. t. 18. p. 311. sq.; *Bouland*, De la restitution in integrum accordée aux mineurs de vingt-cinq

(18) Cap. 4. X. h. t.; cap. 13. 29. X. de privileg. V. 34. Cfr. de confirmatione pactorum vel transactionum cap. 1. X. de transact. I. 36.; cap. 2. X. de treug. et p. I. 9. in Extrav. com. Quare confirmatio non tantum utilis, sed necessaria est, si pactis insertae sunt conditiones iuri communi contrarias, v. g. si ordines religiosi non nisi sub conditionibus, quae iuri Tridentino adversantur, regimen seminariorum clericalium suscipiunt. Cfr. *Bened. XIV.*, De synod. dioec. lib. 5. cap. 11. n. 9.

(1) Gregor. XVI., Regulam. giud. § 1028. sq.; Cod. civ. Gall. art. 887. 1305. sq. 1674.; Cod. proc. civ. Gall. art. 19. sq.; Cod. proced. civ. Germ. §§ 44. 210. sq.



ans en droit rom. Dijon, 1888.; *Lasserre*, De la restitutio in integrum quod metus causa, Paris, 1889.; *Lega* l. c. I. 268. sq.

### Praenotiones.

**726. Connexio materiae.** Quae sint remedia iuris *ordinaria* titulo praecedente expositum est; reliquum est, ut *extraordinaria* iuris remedia exhibeantur, inter quae restitutio in integrum principem quendam locum occupat. Quare pro more veterum canonistarum, velut *Tancredi* et *Darantis*, praxique recepta recentiorum doctorum utriusque iuris, v. g. *Devoti*, *Vering*, *Ponsius* aliorumque, titulus iste merito post titulum de appellationibus proponitur.

**727. Definitio.** Restitutio in integrum est remedium iuris extraordinarium, quo, qui notabiliter laesus est, ob aequitatem naturalem a iudice competente reducitur in statum ante laesionem.

Quae restitutio fieri potest tum contra laesiones extraiudiciales, v. g. ex contractibus ortas, tum contra laesiones iudiciales, sive illae proveniant ex decretis vel omissionibus iudicis, sive ex actibus vel omissionibus ipsarum partium (2). Porro ex ipsis verbis definitionis facile colligitur, quomodo differat ab appellatione, a querela nullitatis, a revisione actorum, a supplicatione apud principem, a reductione ad arbitrium boni viri, a syndacatus remedio contra iudicem dolo malo iudicantem: nam in his principaliter intenditur reformatio sententiae iudicialis vel compensatio damni illati, at per restitutionem principaliter intenditur reductio in primum statum.

**728. Notae historicae.** Restitutio in integrum originem debet iuri Romano, quod iuris stricti rigorem aequitate naturali temperavit. Inde translata est etiam in forum ecclesiasticum, ubi quoad substantiam leges Romanae de hac materia fuerunt receptae, sed nova quoque statuta canonica diversis obiectis iurisdictionis ecclesiasticae restitutionem in integrum magis adaptarunt. Id factum est de causis matrimonialibus et professionis religiosae per Concilium Tridentinum et Benedictum XIV. (3).

(2) Cap. 3. 7. X. h. t.; cap. 2. h. t. in Sext.; L. 7. § 11. D. de minor. IV. 4.

(3) Conc. Trid. sess. XXV. c. 19. de regul.; Bened. XIV. Const. " *Dei miseratione* " et " *Si datam* ".

§ 1. DE PERSONIS HABILIBUS AD PETENDAM  
RESTITUTIONEM IN INTEGRUM.

729. Beneficium restitutionis in integrum (4) competit ob infirmitatem aetatis omnibus minoribus (5), qui 25. annos nondum expleverunt sive sui iuris non sunt, sive pupillis, etiamsi cum patris vel tutoris vel curatoris consensu contraxerint, non tantum ob damnum, quod passi sunt, sed etiam ob lucrum cessans, quod consequi poterant, sed propter imbecillitatem omiserunt (6). Quae regula de minoribus statuta non paucas patitur exceptiones (7).

730. Praeterea restitutio in integrum peti potest pro ecclesiis (8) aliisque locis piis, collegiis clericorum, monasteriis,

(4) Cfr. *Arndts-Serafini* l. c. § 117. not. 2. quod *sensu lato* vocetur restitutio in integrum omnis restitutio prioris *status*, sive per *pacta* sive per remedia iuris *ordinaria* obtenta fuerit.

(5) *Minoribus* iste favor proprius est, ita ut possint uti beneficio restitutionis in integrum, *etiamsi* possint uti remedio *appellationis*, cum ipsis forte utilius sit causam tractare in prima instantia, quam in gradu appellationis. At *maiori* non conceditur restitutio in integrum, si ipsi praesto sit appellatio, etiamsi sit ipsi remedium minus commodum. Cfr. *Santi* h. t. n. 7.

(6) L. 1. sq. D. de minor. IV. 4.; cap. 8. X. h. t. Licet hoc privilegium sit personale, participat tamen etiam de reali; ideo competit etiam minorum *haeredibus*, ut notat *Grandclaude* h. t. citans etiam Cod. civ. Gall. a. 1305-1312. Idem tenet *Zech* l. c. § 636. citans L. 19. § ult., L. 20. de minor.

(7) *Pirhing* h. t. § 5.; *Zech* l. c. § 630.; *Arndts-Serafini* l. c. §§ 122. 119.; *Zech* l. c. § 630. enumerat casus, quibus in minoribus hoc beneficium *cessat*, scilicet:

- 1° si minor, maior factus, statim rem ratam habet;
- 2° si pubes iureiurando rem confirmavit;
- 3° si pubes seipsum laeserit delinquendo, vel malitiose se maiorem dicendo, aut omittendo persecutionem poenalem;
- 4° si laesio ex infortunio orta esset;
- 5° si laesus dicatur a parente vel patrono;
- 6° si minor cum minore habeat negotium, et par sit utriusque conditio.

Textus iuris Romani pro his confirmandis citantur a *Zech* et *Arndts-Serafini* l. c.

(8) Imo pinguius est hoc beneficium pro ecclesiis, quia minores tantum infra quadriennium a finitis minorum annis hoc beneficium implorare possunt; ecclesia vero, *si laesa sit*, huic termino ad petendam restitutionem non adstringitur, dummodo verificentur conditiones exceptionis cap. 1. h. t. in Sext. expositae. Huc spectat v. gr., si ecclesia laesa sit a proprio Praelato, quo sane adhuc vivente ecclesiae deerit opportunitas laesionem suam vindicandi.

congregationibus religiosis, hospitalibus auctoritate Episcopi erectis. Aequiparantur enim huiusmodi instituta pupillis et minoribus sub tutela et cura constitutis ideoque iisdem fruuntur privilegiis (9). Neque excluditur restitutio in integrum personae privilegiatae contra aliam personam privilegiatam, si utriusque causa non sit par, v. g. una pars petat restitutionem ob veram laesionem, dum alteri contingit lucrum (10). Clericis vero maioribus ratione bonorum patrimonialium non competit favor minorum quoad restitutionem in integrum, cum nullibi reperitur in iure expressus (11).

731. Restitutio in integrum concedenda est etiam maioribus graviter laesis, dummodo non solum gravis laesio (ut in minoribus sufficit), sed etiam iusta causa petendi probetur, veluti fraus adversarii (12), connexio individua causa maioris cum causa minoris (13), absentia reipublicae causa sine dolo malo, vel ob communem quamdam necessitatem, vel ob adversum casum (14). Quod si iusta causa non plene probatur, v. g. per solum iuramentum, saltem in causa favorabili, veluti matrimonii, restitutio in integrum in favorem vinculi non negatur (15).

§ 2. DE MAGISTRATU COMPETENTE AD CONCEDENDAM  
RESTITUTIONEM IN INTEGRUM.

732. Restitutio in integrum dari et peti potest a iudicibus ordinariis administrationem habentibus (16). Qui iudices ordinarii restituere valent contra suam vel decessorum vel inferiorum magistratum, non adversus superiorum sententiam (17). Restitutio igitur contra sententiam Rom. Pontificis unice ab ipso peti potest.

(9) Cap. 1. 3. 5. X. h. t.

(10) *Pirhing* h. t. § 4.; *Zech* l. c. § 630.; *Arndts-Serafini* l. c. § 119.

(11) *Zech* l. c. §§ 637. 640.

(12) Cap. 4. X. h. t.

(13) *Zech* l. c. § 636.

(14) L. 1. pr., L. 2. § 1., L. 3. 4. 5. 7. 8. 9. 14. D. ex quibus causis maiorib. IV. 6.

(15) Cap. 4. X. h. t.

(16) Cap. 9. X. h. t. Restitutio in integrum est actus *mixti imperii*, ideoque ei non competit, qui solam habet *iurisdictionem*, non *executionem*. Id significatur istis verbis „*administrationem habentibus*“. Quare iudices *delegati*, qui tantum possunt iudicare, non exequi sententiam, aut *arbitri*, hac facultate *carent*.

(17) L. 16. § 5. D. de minor. IV. 4.

Iudices delegati restitutionem in integrum concedere non prohibentur, si hoc ipsis specialiter demandatum fuerit, aut in commisso eis negotio principali contingat incidere huiusmodi quaestionem. Delegati vero ab ordinariis, qui administrationem non habent, sed tantummodo facultatem iudicandi, itemque arbitri de hac causa cognoscere nequeunt, nisi coram eis mota fuerit incidenter (18).

Qui iudex, coram quo petitur restitutio, debet esse competens respectu illius, contra quem petitur, vel in loco domicilii, vel in loco rei sitae, vel ubi haeret causa principalis. Nam qui petit restitutionem, censetur esse actor, sed is sequi debet forum rei, i. e. illius, contra quem postulatur restitutio. Quare clericus, laesus a laico in bonis temporalibus, saeculare tribunal laici adit ad obtinendam restitutionem. Quod si ecclesia laesa fuerit, vel clericus in bonis beneficialibus vel ecclesiasticis, coram proprio suo iudice ecclesiastico contra laicum restitutionem in integrum postulare possunt, ratione specialis privilegii in favorem ecclesiae concessi (19).

733. Speciatim iudicium de restitutione in integrum ad impugnandum valorem solemnisi professionis religiosae, elapso quinquennio a Concilio Tridentino Sess. XXV. cap. 19. de regul. statuto, ad Sedem Apostolicam privative pertinet, ut constat ex iteratis declarationibus S. C. C. iam ante Benedictum XIV. datis et praesertim ex eiusdem R. Pontificis Constitutione “ *Si datam* „ § At vero (20).

Quamvis in Instr. Card. Rauscher § 180. post duplicem sententiam conformem pro valore matrimonii ulterior appellatio excludatur, id sane non ita est intelligendum, ut recursus quoque ad Sedem Apostolicam, saltem ad petendam restitutionem in integrum, sit exclusus. Etenim in causa Herbipolensi, non obstante duplici sententia conformi pro valore matrimonii, die 17. Dec. 1857. restitutio in integrum fuit concessa. Quin imo in Instr. S. C. de Prop. F. de iudiciis ecclesiasticis circa causas matrimoniales § 30. (21), edicitur: “ Quando utraque sententia conformis pro validitate coniugii pronuntiata sit, sciat tamen pars impugnans matrimonium, sibi adhuc omnino patere appellationem ad Apostolicam Sedem „.

(18) Cap. 9. X. h. t.

(19) Cap. 1. X. h. t.; cap. 11. X. de reb. eccles. alien. III. 13.

(20) *Sentis*, Decretal. Clem. PP. VIII. p. 35.; Conc. Trid. ed. *Richter* p. 423.

(21) Conc. plen. Baltim. III. p. 268.

§ 3. DE CONDITIONIBUS, CAUSIS, TEMPORE, FORMA  
RESTITUTIONIS IN INTEGRUM

734. Ad restitutionem in integrum (22) petendam et concedendam requiritur:

I. Ut non supersit aliud remedium iuris ordinarium, veluti actionis, exceptionis, appellationis, querelae nullitatis (23). Est enim restitutio in integrum solummodo remedium iuris extraordinarium et subsidiarium.

II. Ut negotium gestum vel sententia iudicialis sint ipso iure valida; etenim contra actus legitimo valore destitutos datur remedium potius ordinarium querelae nullitatis.

III. Probanda est laesio gravis sive notabilis (24); nam minima non curat Praetor. At minime requiritur, ut laesio sit enormis, i. e. ultra dimidiam partem iusti verique valoris. Quin imo in tali casu ne conceditur quidem restitutio in integrum, cum in priore casu rescissio negotii gesti, in casu vero enormissimae laesionis querela nullitatis adhiberi possit (25).

IV. Gravis laesio non debet originem ducere ex casu vel infortunio vel ex delicto proprio, sed ex fraude adversarii, debilitate partis laesae, vel ex simili causa.

(22) Restitutio in integrum non datur in causis criminalibus. Cfr. *Grand-claude* h. t.; *Arndts-Serafini* h. t. § 125. cit. L. 9. § 2. 5. D. de minor.; L. 1. Cod. si advers. del. II. 34. At restitutio dari potest quoad propositionem causae nullitatis vinculi matrimonialis (vel professionis religiosae). Cfr. *Santi* h. t. n. 11.

*Zech* l. c. defendit, quod contra sponsalia de futuro detur minori restitutio in integrum, cum ex se sint rescindibilia et diversam naturam ab aliis negotiis non habeant. Idem tenet *Arndts-Serafini* l. c. § 125., ubi addit non concedi „gegen die Schliessung einer Ehe“.

Restitutio in integrum etiam non admittitur contra praescriptionem longissimi temporis, i. e. 30. annorum et ultra. Cfr. *Zech* l. c. § 630. 638.; *Arndts-Serafini* l. c. § 125. cit. L. 3. Cod. de praeser. 30. ann. VII. 39.; L. 5. Cod. in quibus in integr. rest. II. 41.

Item excluditur in negotiis cum parentibus ut talibus. Cfr. *Zech* l. c. § 630.; *Arndts-Serafini* l. c. § 125. cit. L. 2. Cod. qui et adversus quos II. 42.

(23) L. 16. pr., L. 17. D. de minor. IV. 4.

(24) Probatio *laesionis* potest fieri per testes vel documenta vel alia ratione concludenti.

Quod si damnum, ob quod petitur restitutio, sit multo magis exiguum quam illud, quod ex restitutione alteri creatur, non conceditur restitutio. Cfr. *Arndts-Serafini* l. c. § 125. cit. L. 4. D. de in integr. rest. IV. 1.; L. 24. § 2. D. de minor. IV. 4.

(25) L. 2. Cod. de rescind. IV. 44.



V. Actus gestus ex natura sua rescindibilis sit oportet. Quare contra validum matrimonium validamque professionem religiosam non datur restitutio in integrum (26).

735. Causae iustae petendi et concedendi restitutionem in integrum sunt:

I. Metus gravis iniuste incussus, si stricto iure actus habetur vere validus.

II. Dolus malus et error probabilis.

III. Minor aetas (27).

IV. Absentia ex loco domicilii propter rationes a iure probatas vel ob similem causam (28).

V. Alienatio iudicii mutandi causa (29).

736. Restitutio in integrum non conceditur, nisi petatur intra tempus legitimum, i. e. intra quadriennium continuum et utile (30). Quod tempus minoribus currit saltem (31) a primo die anni 26., sive a die obtentae et intimatae veniae aetatis, maioribus vero a die factae laesionis vel remotae causae iusti impedimenti, vel quo cessat absentia (32). Quod quadriennium, saltem pro ecclesiis aliisque locis piis iisdem equiparatis, prorogatur (33), si praevaricationis vel fraudis manifeste probetur super hoc intervenisse commentum, aut alia rationabilis causa subsit, quae Superiorem movere debeat ad idem "restitutionis beneficium concedendum" (34).

(26) *Zech* l. c. § 630. 641.; *Arndts-Serafini* l. c. § 125.

(27) Cap. 8. X. h. t.

(28) L. 1. § 1. D. ex quib. caus. maiores IV. 6.; *Arndts-Serafini* l. c. §§ 119. 120. 121.

(29) Cfr. titul. seq.; *Zech* l. c. §§ 628. 638.

(30) Cod. II. 53. de temporib. in integrum restitutionis tam minorum aliarumque personarum quae restitui possunt, quam haeredum eorum. L. 5. L. 7. pr. Cod. eod.; cap. 1. h. t. in Sext. Olim restitutio erat petenda intra annum utilem a tempore remoti impedimenti; Iustinianus vero annum utilem commutavit in quadriennium, excepta actione doli et metus; illa enim expirat biennio, haec intra annum. Cfr. *Zech* l. c. § 635.

*Arndts-Serafini* l. c. § 122. addit, quod si quis veniam aetatis obtinet, tempus quadriennii concessum numquam finit ante completum ann. 25. et remittit ad L. 5. pr. Cod. h. t.

(31) Nam minores, ut patet, iam **ante** illud quadriennium **toto** tempore minoris aetatis restitutionem petere possunt, quoniam quadriennium ad finiendum favorem, non ad inchoandum adiicitur.

(32) L. 7. § 1. Cod. eod.; cap. 2. h. t. in Sext.; cap. unic. h. t. in Clem.

(33) Haec prorogatio non est restricta ad *solas* ecclesias, si sublata una causa restitutionis alia existat. Cfr. *Arndts-Serafini* l. c. § 122. cit. L. 1. 3. 4. Cod. h. t. II. 53.

(34) Cap. 1. h. t. in Sext.

737. Forma petendae et concedendae restitutionis in integrum in hoc consistit, ut intra tempus legitimum iudicis competentis impleretur officium, citata et audita altera parte lis contestetur, et procedatur ad causae cognitionem agendo vel excipiendo contra adversarium. Quod si maior restitutionem petat, non tantum laesionem, sed etiam iustam causam probare tenetur; in minore autem sufficit probatio aetatis minoris et laesionis, de qualitate causae discernit ipse iudex. Quamvis universa procedura restitutionis duplici processu per se absolvatur, scilicet per iudicium rescindens et per iudicium restitutorium, tamen brevitatis causa uno eodemque processu utrumque iudicium expediri potest (35). Huiusmodi practica cumulatio utriusque processus habetur in concedenda restitutione in integrum adversus lapsum quinquennii in causis nullitatis solemnis professionis religiosae; ideoque in ipso processu de concedenda restitutione semper intervenire debet defensor professionis (36).

#### § 4. DE EFFECTIBUS RESTITUTIONIS IN INTEGRUM.

738. Effectus restitutionis in integrum est, ut imprimis postulata restitutione in integrum nihil sit innovandum (37), ea autem impetrata omnia reducantur ad statum priorem ante laesionem. Quare qui laesus fuerat ex lapsu temporis, is novam dilationem vel moram acquirit (38); ab obligatione forte suscepta liberatur (39); res subducta cum omnibus accessoriis ei restituitur (40). At ex altera parte is quoque, contra quem datur restitutio, citra damnum in priorem statum est reducendus (41), v. g. qui restituitur contra venditionem aedium suarum, pretium reddere tenetur, in quantum factus est ditior (42). Ordinarie tertiis personis restitutio concessa non prodest (43).

739. Petitio restitutionis in integrum contra sententiam a iudice latam, regulariter illius executionem suspendit, nisi

(35) *Pirhing* h. t. § 8.; *Arndts-Serafini* l. c. § 123.

(36) Bened. XIV. Const. „*Si datam* „ § Huius autem.

(37) Cod. II. 50. in integrum restitutione postulata, ne quid novi fiat.

(38) L. 50. D. de minor. IV. 4.

(39) L. 27. § 1.; L. 50. D. eod.

(40) L. 27. § 1. sq.; L. 40. 48. D. eod.

(41) L. unic. Cod. de reputat. II. 48.; cap. 1. X. h. t. i. f.

(42) L. 7. § 5.; L. 24. § 4. D. eod.; *Zech* l. c. § 636.

(43) *Arndts-Serafini* l. c. § 124.

contra petentem restitutionem sit praesumptio malitiae, quod illam tantum executionis differendae causa petat. Quo in casu executio fit, praestita cautione de restituendo, si petens restitutionem obtineat in causa (44).

## TITULUS XLII.

### DE ALIENATIONE IUDICII MUTANDI CAUSA FACTA.

(*Lib. I. tit. 42. de al. iud. mut. caus. fact.*).

**740. Fontes :** Dig. IV. 7. de alien. iudicii mutandi causa facta (1); Cod. II. 55. de alien. iud. mut. caus. fact. — c. 50. C. XI. q. 1. (2). — Cpl. I. lib. I. tit. 33. de al. iud. mut. c. facta. — Decretal. Gregor. IX. lib. I. tit. 42. de al. iud. mut. c. facta. (3).

**Scriptores :** Comment. in h. t.; *Arndts-Serafini* § 335. § 113.; *Zech*, De iud. eccl. sect. I. § 105. i. f. tit. de for. comp., De iure rer. eccles. sect. IV. § 633.; *Ponsius* l. c. p. 96. sq.; *Durantis* l. c. lib. I. partic. 1. tit. de cessione actionis.

#### Praenotiones.

**741.** Cum per alienationem fieri possit, ut qui iudex erat competens non iam sit competens, eo quod res in hominem alterius territorii vel foro privilegiato praeditum transierit, hic titulus cum titulo de foro competente arcto vinculo est colligatus et illius est appendix (4). At simul hoc titulo remedia iuris conceduntur, quibus quis uti poterit contra fraudulentam alienationem. Qua ratione iste titulus inter remedia iuris est recensendus, et S. Raymundus, auctoritatem legum Romanarum secutus, ex quibus vel ipsam rubricam h. t. ad verbum desumpsit, pariter post titulum de restitutione in integrum (5), veluti illius continuationem et appen-

(44) Cap. 6. X. h. t.

(1) Ponitur iste titulus 7. post titulum 6. « Ex quibus causis maiores 25. annis restituantur ». Ex quo patet, nos in iure Decretalium habere evidentem imitationem iuris Romani.

(2) *Thiel*, Epistolae Rom. Pontif. genuinae (a. 461.-523.), *Brunsbergae* 1868. p. 508.

(3) In subsequentibus collectionibus authenticis de hac materia nihil amplius reperitur.

(4) *Ponsius* l. c.; *Zech* l. c. § 105.

(5) Nam per illam praestationem « interesse » restituitur actor (vel reus) in integrum, idest in eum statum, ac si alienatio numquam facta esset, ideoque haec *actio* vel *exceptio* iure merito adiungitur titulo de restit. in integr. Cfr. *Pirhing* h. t. n. 1.

dicem, ponit duo capita iuris Decretalium, unum Alexandri III. (1159.-81.), alterum ipsius Gregorii IX. (1227.-34.) sub rubrica de alienatione iudicii mutandi causa facta.

§ 1. DE VI ET AMBITU PROHIBITAE ALIENATIONIS  
IUDICII MUTANDI CAUSA.

742. Alienatio (6) iudicii mutandi causa fit, si quis metu futurae litis alienationem dolo malo (7) ita perficiat, ut aut rem transferat in extraneam personam alteri subiectam iudici, aut in aliam personam sub eodem quidem iudice constitutam, sed potentiores (8), aut rem vel actionem ad rem sibi competentem alteri cedat, quo adversario causa durior fiat (9).

Qua ex definitione patet alienationem iudicii mutandi causa, cum fiat metu *futurae* litis, sive de re, quae fieri potest litigiosa, sive lite nondum coepta, omnino differre ab alienatione rei litigiosae, de qua controversia iam actu ad iudicem est delata, et cuius alienatio ex aliis iuris dispositionibus (10) pariter prohibetur (11). Praeterea prohibitio alienationis tum solum obtinet, cum dolo malo sit ad duriores efficiendam causam alterius; quae cessat, si fiat sine dolo propter valetudinem aut aetatem aut necessarias occupationes aliasque legitimas causas, aut si alterius omnino non intersit, neque difficilior reddatur adversarii conditio (12).

Denique ut ex tertia definitionis parte luculenter deducitur, fraudulenta illa alienatio, quamvis praesertim a reo per malas artes exerceatur, tamen ab iis, quibus ius agendi

(6) Porro nomine alienationis intelligitur omnis actus, quo aut dominium sive proprietas aut possessio transfertur. Cfr. L. 4. § 1. 2. D. h. t. Contra alienantem dominium actio directa conceditur; contra eum, qui solam possessionem transfert, actio utilis. Cfr. *Pirhing* l. c. n. 1.

(7) Parum refert, utrum titulo lucrativo, an oneroso quis alienationem perficiat; sufficit dolo malo illam factam esse. Cfr. *Maschat* h. t. n. 1.; *Pirhing* l. c. n. 1.

(8) L. 1. 2. 3. D. h. t.

(9) Cap. 2. X. h. t.; *Pirhing* h. t. n. 1. 3.

(10) Dig. XLIV. 6. de litigiosis; Cod. VIII. 37. eod.; Novell. 112. cap. 1.; *Arndts-Serafini* l. c. § 113.; *Pirhing* h. t. n. 2. 10.

(11) Talis alienatio rei litigiosae vel actionis iam ad iudicium deductae est ipso iure irrita vel saltem per sententiam rescindenda, et ea alienatione non obstante, quasi nihil factum esset, in iudicio proceditur. Cfr. L. 2. Cod. de litig.

(12) L. 4. §§ 1. 3. D. h. t.; L. 8. §§ 3. 5.; L. 9. D. eod.

competit, aliena non est; etenim forte aliis res vel actiones suas reales vel personales dolose cedunt (13).

§ 2. DE REMEDIIS IURIS CONTRA PROHIBITAM  
ALIENATIONEM IUDICII MUTANDI CAUSA.

743. Dolosa alienatio rei iudicii mutandi causa facta, cum evidenter sit iniqua (14), iure merito iam edicto Praetoris fuit proscripta (15). Quare ei, qui tali alienatione laesus est, datur actio in factum, directa quidem, si alienata est proprietas, utilis vero, si alienata est possessio, contra alienantem, ut tantum iudicis officio consequatur, quantum eius intersit (16) alium adversarium non habuisse sive rem non fuisse alienatam; forte si quas impensas fecerit, aut si quam aliam incommoditatem passus sit, alio adversario substituto (17). Quae actio in haerodem vel similem post annum ab alienatione facta non amplius datur (18). Praeter hanc actionem personalem laeso competit etiam actio in rem, ita ut convenire possit possessorem rei alienatae (19).

744. Quamvis duplex illa actio ex legibus Romanis disertis verbis concedatur contra reum, qui dolose alienat rem iudicii mutandi causa, tamen optimo iure contra actorem quoque fraudulententer alienantem rem vel actionem sive realem sive personalem concessa esse dicitur, eo tantum discrimine, quod reus alienatione dolosa actoris vexatus agere possit contra illum et ab eo repetere, quanti sua interest et etiam per exceptionem cessionarium repellere, si forte ab eo conveniatur. Etenim rubrica huius tituli est generalis neque inter dolosam alienationem rei et actoris distinguit. Praeterea cap. 2. X. h. t. expresse etiam ad dolosas cessiones

(13) Cap. 2. X. h. t.; *Pirhing* h. t. n. 3. 4. 5.; *Durantis* l. c. § Sciendum n. 12. sq.

(14) Nam « non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri » iuxta reg. 74. iuris D. L. 17., neque alteri per alterius factum praeciudicari. Cfr. L. 2. D. quod vi aut clam XLIII. 24.: « Nec in aliena potestate conditionem meam nihil delinquentis deteriolem facere ». Hinc Praetor ex officio suo ei, qui ita laesus est, succurrit.

(15) L. 8. § 1. D. h. t. Pulchra quoque motiva huius prohibitionis afferuntur etiam duobus capitibus huius tituli.

(16) Quantum sit illud « interesse », a iudice erit ex officio suo determinandum. Cfr. L. 3. § 4.; L. 4. § 6. D. h. t.

(17) L. 1. L. 3. § 4. D. h. t.

(18) L. 4. § 6. L. 5. 6. 7. D. h. t.; *Pirhing* h. t. n. 12.

(19) L. unic. Cod. h. t.; cap. 1. X. h. t.; *Pirhing* h. t. n. 6.



actionum in praeiudicium rei extenduntur legitimae sanctiones de vetita alienatione iudicii mutandi causa (20).

745. Quamvis ex iure Decretalium rescriptum non extendatur ultra personas in illo expressas (21), tamen si quis ob timorem rescripti contra se impetrati, ut mandatum Sedis Apostolicae eludat, antequam litterae ad iudices delegatos perveniant vel etiam postea, priusquam citetur ab eis, in vocem appellationis prorumpat aut commutationem faciens aliquos in possessionem rerum, de quibus controversiae vertuntur, malitiose inducat, possessores isti fraudis conscii vigore rescripti conveniri possunt (22). Quodsi Scabini civitatis Ypern conquesti sunt, quod quidam clerici, emergentibus ibidem inter laicos quaestionibus, quae dirimendae essent per iudicium saeculare, sibi dono vel pretio ab aliquibus ipsorum laicorum cedi facerent actiones, ut adversarios ad ecclesiasticum forum traherent et praedam ex huiusmodi commercio assequerentur, et Gregorius IX. cap. 2. X. h. t. mandavit, ut clerici ab huiusmodi praesumptione per censuram ecclesiasticam compescerentur, nostra aetate propter forum privilegium clericorum ubique saltem de facto ablatum decisio illa vix iam est practici momenti et potius clerici contra praesumptionem laicorum sunt protegendi, ne contra sanctiones canonicas et status clericalis dignitatem ad iudicia saecularia trahantur (23).

(20) *Pirhing* h. t. n. 1. et praesertim iam *Durantis* l. c. n. 13.

(21) Cap. 40. X. de off. et pot. iud. del.

(22) Cap. 1. X. h. t.

(23) *Durantis* l. c. § Sciendum n. 8.

---

# PARS QUARTA

## DE SPECIALIBUS IUDICIIS CONTENTIOSIS

### Prooemium

**746.** Quamvis normae hucusque datae, quae regunt ordinarium processum solemnem, applicari, generatim loquendo, possint et forte debeant unicuique iudicio, evidens tamen est dari posse aliquando circumstantias, quae sive ratione extrinsecae cuiusdam necessitatis, sive ratione intrinsecae exigentiae suadeant vel etiam requirant, ut, sive methodo quadam magis expedita magisque celeri, sive ratione quadam obiecto causae magis accommodata, controversia quaedam decidatur et authentice terminetur. Fieri enim evidenter potest ut ipsius communis et socialis boni exigentiae, sive privata animarum salus, qui est finis praecipuus et ultimus eorum omnium, quae ab Ecclesia constituuntur, exposcant immediatum quoddam remedium ab auctoritate sociali adhiberi; quemadmodum finis iudicii cuiuscumque et processus, qui est veritas eruenda et cognoscenda, exigit aliquando ut particularia adhibeantur media, particulares formae processuales.

Quare quaecumque respublica non satis ageret ad exercitium suae potestatis iudicialis regendum, si contenta esset generales tradere regulas, nulla habita ratione particularium harum necessitatum. Hinc Ecclesia, quae accuratissime voluit exercitium suae potestatis determinatum, necesse habuit quaedam praescribere, quae his necessitatibus occurrerent.

Exinde exsurgit necessitas istius quartae partis, in qua de specialibus iudiciis contentiosis erit agendum.

### TITULUS XLIII.

#### DE PROCESSU SUMMARIO.

**747. Fontes:** Cap. 2. de iudiciis II. 1. in Clem.; c. 2. de verbor. signific. V. 11. in Clem.

**Scriptores:** *Faxioli Io. et Bartoli de Saxoferrato*, De summaria cognitione commentarii (ed. *Briegleb* Erlangen, 1843.); *Briegleb Hans Carl*, Ein-

leitung in die Theorie der summarischen Processe, Leipzig, 1859.; *Briegleb H. C.*, Ueber executorische Urkunden und executor. Process, Stuttgart, 1845.; *Muenchen Nic.*, Das kan. Gerichtsverfahren, fünftes Buch, erster u. zweiter Tit.; *Lattes Aless.*, Studi di diritto statutario. I. Il procedimento sommario o planario, Milano, 1886.; *Bouix*, De iudiciis II. p. 303. sq.; *Lega* l. c. I. 591. sq.; *Pertile*, Storia della procedura § 236.

### Praenotiones

**748. Connexio materiae.** Postquam actum est de ordinaria et solemnī procedura et iam gradus fit ad specialia iudicia, logicus ordo videtur requirere ut inter ea primo loco tractetur de processu summario, cum id quod in eo speciale est, non respiciat obiectum, circa quod versatur, sed potius modum procedendi in multis et variis causis cognoscendis. Quare cum obiectum processus summarii latius pateat quam obiectum aliorum iudiciorum specialium, et rectus ordo videatur requirere ut prius quod generalius est, postea vero magis specialia tractentur, de processu summario recte videtur hic primo loco tractandum.

**749. Definitio.** Summarium iudicium definiri potest iudicium, in quo servatis solemnitatibus quae iure naturali praescribuntur, eae formalitates iuris humani praetermittuntur, quae celerem litis expeditionem retardant (1).

**750. Notae historicae.** Leges Romanae sparsim tractant de summariis cognitionibus (*summatim cognoscere*), sed hoc no-

(1) Cfr. supra n. 78. *Bouix* l. c. II. p. 306. aliam definitionem praefert, scilicet: Iudicium summarium illud est, in quo omitti possunt et de facto omittuntur, ad citius expediendam causam, certae quaedam a iure determinatae ordinarii iudicii solemnitates. Adiungit autem illa verba: ad citius expediendam causam, ut iudicium seu processum summarium a processu ex notorio distinguat. Verum hi duo processus melius ex obiecto videntur distingui. Procedura enim ex notorio non applicatur nisi causis criminalibus: in iudicio enim civili « notorium non excusat ab observatione ordinis iudiciarii; nam in hoc iudicio regulariter iudex non supplet principaliter agendo », ut dicit *Schmalzgr.* in tit. 1. lib. V. Decr. n. 7. Verum autem est illud quod *Bouix* addit, rationem cur quaedam solemnitates in processu summario omittuntur esse ut celerius causa expediatur, dum contra in procedura ex notorio quaedam pariter omittuntur, quia inutiles prorsus in hypothesis evadunt.

Ex hac definitione patet etiam discrimen a sententia ex informata conscientia, quae sententia iudicialis sensu stricto non est, nec processum supponit, vel tantum summarium, sed omissis omnibus solemnitatibus processus canonici infligitur, sola veritate rei inspecta, talibus tamen probationibus munita, quae Patribus S. C. C. sufficiant ad demonstrandum crimen.

mine intelligebant plerumque provisiones interinales, quae cum iura unius partis tuta redderent, quin alterius laederent, non requirebant accuratissimam causae cognitionem, sed summis, ut ita dicam, labiis delibabantur, seu prima facie cognoscebantur.

Longe alius est conceptus hodierni processus summarii. Non enim is excludit completam et accuratam causae cognitionem, sed respicit tantum defectum sive omissionem quarundam solemnitatum in modo et ratione procedendi. Verum etiam in hoc sensu processus summarius non omnino ignotus fuit Romanis. Processus extraordinarius, seu extra ordinem, qui apud ipsos aliquando viguit, certe magis expeditus erat ordinario processu et praescribebat omissionem quarundam formalitatum (2).

Et re quidem vera certae controversiae non cognoscebantur a iudice dato a magistratu, sed immediate ab ipso magistratu expediebantur (3). Qui modus expediendi negotia immediate coram magistratu mox etiam illud effecit, ut etiam diversa ab ordinario processu forma procedurae in illis causis introduceretur (4).

Procedura vero illa coram magistratu nequaquam fuit modus procedendi extraiudicialiter; substantia enim iudicii servabatur, et inde ortum est discrimen inter processum ordinarium et extraordinarium seu summarium (5).

751. Ex his praescriptionibus iuris Romani non immerito quis diceret Pontifices ideam summariae cuiusdam procedurae exhausisse; attamen fatendum est processum summa-

(2) *Endemann*, Civilprocess § 1027.; *Bethmann-Hollweg* l. c. § 122.

(3) De his quaestionibus coram magistratibus expediendis agit titulus de extraordinariis cognitionibus D. L. 13. *Vinnius*, Inst. imperialium comm. lib. IV. tit. 6. de actionibus, ad rem scribit: « Illud constat exceptas fuisse nonnullas causas, de quibus ipsi magistratus ex officio cognoscebant, non iudicem dabant; quae cognitiones praetoriae et extraordinariae dicebantur, propterea quod praeter morem iudiciorum ordinarium atque usitatum, sine solemnitatibus et strepitu iudicii, sine formula hae causae expediebantur et disceptabantur a Praetore ipso: cuiusmodi causae sunt cognitio de honorariis advocatorum, medicorum, professorum liberalium artium, persecutio fideicommissi, petitio liberorum, qui in potestate sunt, restitutio in integrum ex edicto de minoribus ». Etiam *Muenchen* l. c. p. 340. sq. primo loco proponit obiecta processus summarii iuxta ius civile, deinde obiecta processus summarii iuxta ius canonicum. Cfr. etiam *Pirhing* h. t. n. 100. sq.

(4) Cfr. L. 47. § 1. D. de negot. gest. III. 5.

(5) *Muenchen* l. c. p. 335. 336.

rium, si consideretur in sua recentiori structura et praxi, ab ipsis originem habuisse. Neque enim in iure Romano invenitur complexus quidam regularum processualium ad definiendas controversias methodo quadam breviori magisque expedita (6).

Saepe Pontifices cum delegatis iudicibus committerent cognitionem causarum, praescribere consueverunt ut simpliciter de plano et sine strepitu ac figura iudicii procederent. Horum verborum significatio non omnibus fuit perspecta; hinc haud raro in iudicibus ipsis delegatis dubia exorta sunt et practicae difficultates. Hae causa fuerunt cur Clemens V. (a. 1306) celeberrima sua decretali "*Saepe contingit* „ minutim describeret quanam ex solemnitatibus processus solemnibus omitti, quanam retineri in processu summario deberent (7).

Haec procedura, quae a nonnullis primitus *plana* vel *planaria* dicta est, postea *summaria* est appellata; quod nomen in memoriam revocabat illud Romanorum: " Summatim cognoscere „ (8).

#### § 1. PROCEDURA IN CAUSIS SUMMARIE DEFINIENDIS.

**752.** Haec procedura, in quantum constituit aliquid speciale, quod iudicium summarium a solemnibus discriminat, reducit ad omissionem quarundam formalitatum in summario, quae in plenario requiruntur.

Ut clarius de hoc constet, recensenda videntur ea, quae in summario iudicio omitti, ea, quae retineri possunt et debent, cum summarium iudicium verum sit iudicium, nec summatim cognoscere aequivaleat modo procedendi extraiudicialiter.

**753.** Omitti igitur possunt de modo procedendi ordinario, ut constat ex capite 2. de iudiciis II. 1. in Clem., in iudicio summario sequentes solemnitates :

(6) *Pertile*, Storia della procedura § 236.

(7) Cfr. c. 2. de verb. sign. V. 11. in Clem. Ex quibus etiam patet Clementem V. non introduxisse processum summarium, sed tantum sua declaratione accuratius determinasse. Ceterum iam Innocentius III. anno 1198. capite 1. X. ut lite non contestata etc. II. 6. dicebat: " licet ordo iudicialis in aliis controversiis sit servandus et in matrimonialibus causis non usquequaque servetur „; at istud caput litis contestationem in causa separationis necessariam omnino retinuit; quae litis contestatio in casu post Clementem V. non est amplius necessaria.

(8) *Briegleb* l. c. § 23.



1° Libellus, qui necessario non exigitur, sed suppleri potest petitione oretenus facta, quae tamen actis inserenda est.

2° Litis contestatio (9).

3° Observatio feriarum, quae ob necessitates hominum iure inductae sunt (v. g. tempore messis aut vindemiarum); quibus in feriis, si summaria forma processus adhibeatur, potest iudex procedere etiam sine partium consensu (10). Hoc tamen non est extendendum ad omissionem observantiae feriarum sacrarum.

4° Trina citatio aut una peremptoria, quia una simplex sufficit.

5° Conclusio in causa.

6° Formalitates in sententiae pronuntiatione adhibendae. Quare non tenetur iudex pro tribunali sedendo eam pronuntiare, sed etiam stans et de plano eam dicere potest.

754. Retineri autem debent ex processu ordinario sequentes solemnitates:

1° Citatio rei et praestatio iuramenti calumniae (11).

2° Probationes necessariae et defensiones legitimae, quae admittendae omnino sunt (12).

3° Insertio in actis continuo facienda petitionis actoris in ipso initio litis propositae aut etiam rei, si is quoque aliquid petierit.

4° Admissio positionum et articulorum si proponantur (13).

(9) Litis contestatio non excluditur, in quantum importat determinationem status controversiae, quae determinatio exigitur in quocumque iudicio; sed in quantum importat solemnem illum actum, quo petitioni actoris in iure propositae respondet contradictio rei cum animo litigandi.

(10) In forma iudicii solemnibus ad hoc ut iudex his feriis procedat, debet habere consensum partium, iuxta cap. 5. X. de feriis II. 9. Cfr. Glossam ad cap. 2. V. 11. in Clem. v. « Feriarum » et Schulte, Eheprocess p. 9. qui sequitur Glossam et opinionem quam supra defendimus, licet addat a pluribus Clementinam 2. a Glossa citatam aliter intelligi.

(11) Quae tamen nunc omitti potest, quia etiam in iudicio ordinario et solemnibus ea a foro nostro recessit, iuxta ea, quae dicta sunt supra h. t. V. n. 479.

(12) Nota nos hic loqui de processu seu procedura summaria in genere, non autem de causis quae ex natura sua summarie pertractari debent, aut certe merito solent, eaeque sunt, quas *Pellegrini* Prax. Vicarior. P. II. sect. 2. subsect. 1. inters. unic. n. 10. vocat iudicia *summaria ex natura causarum*, seu illae quae notoriae sunt, aut non magnum generant praeeiudicium, ut causae incidentes, quae reparari possunt per definitivam sententiam et generatim causae leviores. Hae enim non requirunt strictam et accuratam probationem, sed leviolem. Cfr. supra h. t. V. n. 601.

(13) Iudex tamen terminum dare debet ad praesentandas positiones et

5° Sententia in scriptis ferenda est secundum petita.

755. Patet autem iudicem in procedura summaria adhibenda curare omnino debere ut lis, quantum fieri possit, brevior fiat, amputando materiam dilationum, repellendo exceptiones et appellationes dilatorias et frustratorias, refrenando advocatorum et procuratorum contentiones ac iurgia nec non superfluum testimonium multitudinem (14).

§ 2. QUANDONAM PROCESSUS SUMMARIUS SIT ADHIBENDUS.

756. Processus summarius adhiberi debet a delegatis Romani Pontificis, si in rescripto iubeatur expresse ut causa summarie terminetur; nisi tamen partes consentiant ut ordinarius processus instituatur (15).

757. Potest autem summarie procedi:

a) in causis super electionibus, postulationibus vel provisionibus;

articulos, qui terminus potest esse unicus ad praesentationem simultaneam positionum et articulorum.

(14) Cap. 2. cit. V. 11. in Clem.

(15) Cap. 2. V. 11. in Clem.; *Bouix* l. c. t. II. p. 308. 310. Sed illa exceptio a *Bouix* addita videtur esse intelligenda iuxta ea, quae idem auctor dixerat p. 308., si iudici *facultas* detur summarie procedendi; nam si Rom. Pontifex absolute praescribit processum summarium, ne cum consensu quidem partium iudex poterit ab illo recedere. Et ita recte Glossa dicit. Insuper illa ipsa assertio *Bouix* l. c. quod iudex *sine consensu* partium non possit instituere processum ordinarium, si ipsi tantum detur facultas summarie procedendi, non simpliciter ab omnibus admittitur. Et sane Glossa l. c. est contra *Bouix*, quia hoc tantum concedit quod iudex non possit *contradicientibus partibus* valide instituere ordinarium processum; at si partes non contradicerent, iudex posset valide hoc facere. Glossam sequitur etiam *Schulte*, Eheprocess p. 10. et 11., et haec sententia textui Clementino videtur esse conformior.

Hinc partes in casibus a iure permissis habent *ius* ut ipsis volentibus adhibeatur processus summarius; quare certe, ipsis *contradicientibus* processui ordinario, adhiberi *debet* summarius. — Sed quid si partes exigent processum ordinarium? an iudex *deberet* illud adhibere, licet *ius* summarium permittat? Videtur quod iudex *possit* obsequi petitioni partis, sed simul etiam videtur quod *negare* eam possit, quia facultas procedendi summarie in illis causis iudici non est data *dependentem* a consensu partium. Et quamvis capite 5. X. de feriis II. 9. ad vocem « procedi valeat » addatur « si de partium processerit voluntate », hoc tamen capite 2. V. 11. in Clem. dicitur tantum « procedere valeat », scilicet tempore feriarum civilium, neque additur: si de partium processerit voluntate. Hinc concludit *Schulte*, Eheprocess p. 9. cum Glossa ad v. « feriarum » citato cap. 2. consensum partium non requiri, ut iam dictum est.

b) in causis super decimis, matrimoniis (16), usuris et eas quoquo modo tangentibus (17);

c) in causis pauperum, peregrinorum, viduarum et miserabilium personarum;

d) in causis alimentorum;

e) in causis spoli, depositi, mercedis (18);

f) in causis religiosorum (19);

g) in causis levioris momenti (20);

h) in causis, ut communiter tradunt Doctores, quae ob aliquod imminens periculum celerem expeditionem requirunt (21).

(16) Tum quoad vinculum, salva Const. Ben. XIV. « *Dei miseratione* », tum quoad separationem a thoro et cohabitatione.

(17) Cap. 2. II. 1. in Clem.; Schulte, Eheprocess p. 9. merito exinde deduxit, cum de causis matrimonialibus in citata Clementina agatur, id extendi etiam ad causam sponsalium, dicens: « Endlich erlaubt das Recht auch den summarischen Process bei allem mit Ehesachen in Verbindung stehendem ». Et sane causae de sponsalibus cohaerent matrimonialibus; praxis, quae est optima legum interpretis, id de facto ad causam sponsalium extendit: et tandem hoc confirmatur auctoritate Instructionis Austriacae. Quare non videtur sequendus *Muenchen*, qui l. c. I. p. 344. putat processum summarium in iis tantum causis matrimonialibus esse adhibendum, ubi agitur de valore matrimonii contrahendi aut iam contracti; et consequenter negat processum summarium adhiberi posse in causis sponsalium et separationis a thoro. Pro qua assertionem citat Glossam in cap. 2. II. 1. in Clem. ad v. « *matrimoniis* », quae revera tenet Constitutionem illam Clementinam applicari non posse ad causas sponsalium et separationis. Item citat *Pirhing* in tit. 1. lib. II. n. 104., qui tamen numero nuper citato hoc asserit de crimine adulterii ad separationem thori, sed de sponsalibus non loquitur, et numero 103. causas de sponsalibus et de dotis restitutione post solum matrimonium inter causas summarie tractandas enumerat. Cfr. *Wernz*, Ius Decret. t. IV. n. 728.

(18) *Bouix* l. c. II. p. 300.

(19) Cap. 26. X. de accusat. etc. V. 1.

(20) *Santi* h. t. n. 13. inter obiecta, quae summario processu tractantur, enumerat etiam ea, quae sunt *modicae entitatis*; sed addit Doctores non convenire in assignandis iis quae modicae entitatis sunt. Hinc addit *Santi* iudicem attendere debere ad qualitatem personarum litigantium, cum illud quod pro divite modicum est, non sit aequè modicum pro paupere. Iuxta Regol. giud. Greg. XVI. § 709. causa circa summam quae non excedat 5. scutata romana summario processu fuit finienda.

(21) *Reiffenstuel* in tit. 1. lib. II. Decr. n. 48. Editores Act. S. Sedis vol. VI. p. 39. loquentes de obiecto processus summarii sic concludunt: « Hic (scilicet in cap. 2. Dispendiosam de iudiciis in Clem.) ut vides, multae indicantur causae, et quidem in rebus gravibus, quae summaria forma pertractari possunt, non exceptis ipsis matrimonialibus causis: adeo ut non immerito dicere posses, praeter causas clericorum stricto sensu cri-

## TITULUS XLIV.

## DE PROCESSU IN CAUSIS MATRIMONIALIBUS

758. Causae matrimoniales huiusmodi sunt, quae nonnulla ipsis magis accommodata requirant et quae celerem exposcant expeditionem. Saepe enim fit ut in his causis necessarium omnino sit eos, v. g. testes, admittere, qui in aliis causis merito excluduntur; saepe periculum incontinentiae requirit ut quam citissime istae quaestiones dirimantur. Ceterum ipsa praxis hanc docuit necessitatem; nam quamvis antiquius in causis quoque matrimonialibus ordinarius processus adhiberetur, iam tamen Innocentius III. sua aetate asserebat ordinem iudicium in his causis non usquequaque servari (1). Postea in hoc processu multa singularia eique propria introducta sunt per Constitutionem Benedicti XIV. “*Dei miseratione* „.

Verum cum tractatio de procedura in his causis servanda immerito videretur separari ab ipso tractatu de matrimonio, de ea actum est in tom. IV. n. 724. sq., quo lector remittitur.

## TITULUS XLV.

DE PROCESSU IN CAUSIS NULLITATIS S. ORDINATIONIS  
AUT PROFESSIONIS RELIGIOSAE

759. Quanti momenti sint causae nullitatis sacrae ordinationis aut professionis religiosae vel ex eo patet, quod in eis vertitur quaestio de statu.

Quae quidem causae semper totius reipublicae seu societatis intersunt, sed tunc maxime quum exinde iudicium pendeat num quis aliqua habeat iura, aliquas potestates, quas in bonum ipsius societatis exercere potest et forte debet. Quod quidem luculenter apparet in causis nullitatis s. ordinationis, quae totius Ecclesiae evidenter intersunt. Quare iure merito ad has causas pertractandas ea debuit statui procedura, quae ex una parte celeriter eas expediendas permetteret, et ex alia eas

minales vel praeter causas de beatificatione et canonizatione Servorum Dei, quae saltem post Urbanum VIII. tanta solemnitate ventilantur, ceteras omnes summario iudicio pertractari posse „.

(1) Cap. 1. X. ut lite non contest. II. 6.

admitteret cautiones, quas ex natura sua hae causae semper postulare videntur.

Processum ad nullitatem professionis religiosae probandam accurate determinavit Benedictus XIV. Const. “ *Si datam* „ ad similitudinem eorum, quae in alia sua Constitutione “ *Dei miseratione* „ pro causis matrimonialibus expediendis statuerat.

Processus quoque ad nullitatem s. ordinationis aptandus est praescriptionibus Constitutionis Benedictinae “ *Si datam* „, prout constat ex praxi SS. RR. Congregationum.

De his iam actum est in praecedentibus; de nullitate quidem s. ordinationis in tom. II. n. 83.; de nullitate vero professionis religiosae in tom. III. n. 668. sq.

## TITULUS XLVI.

### DE PROCESSU IN CAUSIS BEATIFICATIONIS ET CANONIZATIONIS

760. Quamvis hic non agatur stricto sensu de processu quodam contentioso seu civili, in quo de iure privatarum personarum agatur, cum mortuis iura non sint, nec viventes ius habeant, ut huic vel illi, cum fama etiam sanctitatis de mortuo, ab Ecclesia concedatur cultus; cum tamen ad discernendos alicui Servo Dei honores beatificationis, aut alicui Beato solemniorem honorem canonizationis, methodus quaedam adhibenda fuerit statuta ad similitudinem ordinis iudiciarii, ne in causis tanti momenti minus caute procederetur, non immerito iste processus aliis specialibus processibus connumeratur. Quare hoc loco iure de eo tractatio institueretur.

Verum agentes de obiecto cultus divini in tit. 14. tom. III. et speciatim in § 4. de veneratione Sanctorum visum est ibidem etiam de hoc processu tractare. Quare cum res iam alibi fuerit praeoccupata, hic ab ulteriori tractatione omnino est abstinendum.

LAUS DEO

O. A. M. D. G. et B. V. M.



**Approbatio ecclesiastica operis.**

*Imprimi potest*

OCTAVIUS TURCHI S. I.  
*Praepositus Provinciae Romanae*

IMPRIMATUR

Fr. ALBERTUS LEPIDI Ord. Praed. S. P. A. Magister.

---

IMPRIMATUR

FRANCISCUS FABERI, Vicariatus Urbis Adessor.

---

IMPRIMATUR

Prati, die 27 Junii 1914. — Can. PAULUS BADIANI, Vic. Gen.





BX  
1935  
W42  
1911  
v. 5:1

Ius Decretalium /  
W.X. Wernz

22557

GRADUATE THEOLOGICAL UNION LIBRARY  
BERKELEY, CA 94709

GTU Library



3 2400 00267 3436

